

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Les responsabilités des fondateurs, administrateurs et gérants des SA, SPRL et SCRL

Delvaux, Marie-Amélie

Published in:
J.D.S.C.

Publication date:
2011

Document Version
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Delvaux, M-A 2011, 'Les responsabilités des fondateurs, administrateurs et gérants des SA, SPRL et SCRL', *J.D.S.C.*, p. 181-215.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Les responsabilités des fondateurs, administrateurs et gérants des SA, SPRL et SCRL

GUJE, 2^e édition – Livre 24.2 et 24bis.2
DSC, 3^e édition – Livres 12 et 13

Jurisprudence sélectionnée et commentée

par

Marie Amélie DELVAUX
Avocate au Barreau de Namur
(Cabinet DELVAUX, VAN DE LAER, ROSIER & GILSON)
Maître de conférences aux Facultés universitaires Notre-Dame de la Paix
Assistante aux Facultés universitaires Saint-Louis

132. Absence de responsabilité des fondateurs en cas d'augmentation du capital minimal requis par la loi en cours de vie sociétaire
300. Délai de prescription de l'action en responsabilité contre les dirigeants
370. Responsabilité pour faute grave et caractérisée ayant contribué à la faillite d'une SCRL

N° 1011. – Liège, 21 mai 2010¹

Présentation: Cet arrêt retient notre attention par son rappel de l'implication du défaut d'adaptation du capital d'une SCRL aux exigences de la loi de 1991 et par son analyse des fautes graves et caractérisées permettant de fonder l'action en comblement de passif introduite par les curateurs de la société faillie contre les anciens dirigeants de celle-ci.

Sommaire: Il ne résulte pas de l'article 168 de la loi du 20 juillet 1991 portant des dispositions sociales et diverses que le défaut d'adaptation des statuts d'une société coopérative à responsabilité limitée existante au montant minimum de la part fixe du capital social requis pour une telle société depuis la loi du 20 juillet 1991 précitée entraîne la perte du bénéfice de la responsabilité limitée.
C'est au gérant ou aux administrateurs de la société qui invoquent l'exception des «petites sociétés», et non aux curateurs de la faillite, qu'il appartient de rapporter la preuve que la société se trouve en deçà des chiffres prévus par l'article 409, alinéa 2 du Code des sociétés pour échapper à l'application de la responsabilité aggravée prévue par cette disposition.
En l'absence de comptabilité, cette preuve ne saurait être rapportée.
Constitue un faux civil, le fait de mentionner dans les actes de la société la qualité d'associé et de gérant sans présenter ces qualités.
L'absence de comptabilité privant la société de la vision nécessaire à son fonctionnement et l'exposant à des sanctions fiscales et donc à un alourdissement de ses charges, le défaut d'adaptation du capital de la société aux normes légales privant la société des fonds dont elle a besoin, le défaut de fiabilité des comptes empêchant les gérants de droit et de fait de se rendre compte des difficultés de la société, le défaut de provisionner une dette fiscale et la gestion de fait d'une société sous le couvert d'hommes de paille constituent des fautes graves et caractérisées contribuant à la faillite et permettant de retenir la responsabilité de tout administrateur ou ancien administrateur sur la base de l'article 409 du Code des sociétés.

Parties: Mirella Sommacal et alii c/ Me Pierre Henfling et Me Raphaël Davin *qualitate qua* faillite de la SCRL Publi Promotion

1011.-1. Cette décision a été publiée dans *R.R.D.*, 2009, n° 133, p. 349.

Publication:

Le 17 octobre 2008, Mirella Sommacal, Maria Gualdi, Albert VanWeersch et Barbara Scholl interjettent appel du jugement rendu le 8 septembre 2008 par le tribunal de commerce de Liège qui, faisant droit à l'action introduite par les curateurs de la faillite de la SCRL Publi Promotion par citation du 27 septembre 2007, les condamne à payer à ceux-ci 75.000 € à titre provisionnel et renvoie la cause au rôle dans l'attente de la fixation définitive du «montant du passif à concurrence de l'insuffisance d'actif».

L'exposé des antécédents de la demande peut être emprunté aux premiers juges. Les curateurs réduisent leurs prétentions en degré d'appel.

Ils postulent:

- à titre principal, la condamnation solidaire ou in solidum des appelants à payer la somme de 101.513,99 €, qui correspond au passif de la société tel qu'il résulte du cinquième procès-verbal de vérification des créances, à majorer des intérêts judiciaires et légaux;
- à titre subsidiaire, la condamnation solidaire ou in solidum des appelants à payer la somme de 101.513,99 €, à majorer des intérêts judiciaires et légaux, en vertu de l'article 409 du Code des sociétés;
- à titre infiniment subsidiaire:
 - la condamnation solidaire ou in solidum de Maria Gualdi, Mirella Sommacal et Albert Van Weersch à payer 18.029,43 € à titre de libération du capital social minimum à majorer des intérêts judiciaires et légaux;
 - la condamnation de Mirella Sommacal à payer la somme de 39.173,25 € à titre de remboursement de son compte courant à titre provisionnel, sous réserve de majorations en prosécution de cause;
 - la condamnation de Barbara Scholl à payer la somme de 343,84 € à titre de remboursement de son compte courant à titre provisionnel, sous réserve de majorations en prosécution de cause;
 - la condamnation solidaire ou in solidum de Maria Gualdi, Mirella Sommacal et Albert Van Weersch à payer la somme de 61.978,87 € à titre provisionnel, sous réserve de majoration, diminution ou précision en prosécution de cause et à majorer des intérêts judiciaires et légaux en vertu de l'article 408 du Code des sociétés et des articles 1382 et 1383 du Code civil.

Par conclusions du 9 novembre 2009, Maria Gualdi introduit une demande de faux civil. Elle soutient en effet qu'elle n'a jamais été ni associée, ni administrateur, ni gérante de la SCRL Publi Promotion et elle argue de faux les pièces suivantes:

- le procès-verbal de l'assemblée générale extraordinaire du 26 décembre 1991 (livre des coopérateurs déposé par la curatelle, page 14);
- la convention de rachat des parts datée du 26 février 1991 (livre des coopérateurs, page 15);
- le procès-verbal de l'assemblée générale extraordinaire du 13 août 1992 (livre des coopérateurs, p. 17);
- le procès-verbal de l'assemblée générale extraordinaire du 31 décembre 1994 (livre des coopérateurs, p. 18);
- le procès-verbal de l'assemblée générale extraordinaire du 16 mai 1995 (livre des coopérateurs, p. 20);
- le procès-verbal de l'assemblée générale extraordinaire du 27 août 2001 (livre des coopérateurs, feuillet libre);
- le procès-verbal de l'assemblée générale extraordinaire du 20 juin 2004 (livre des coopé-

- rateurs, feuillet libre);
- le procès-verbal de l'assemblée générale ordinaire du 20 juin 2005 (livre des coopérateurs, feuillet libre);
- le procès-verbal du conseil d'administration du 20 janvier 1995 (dossier de la curatelle, photocopie, pièce 6);
- le procès-verbal du 1^{er} août 1995, publié aux annexes du Moniteur belge le 21 octobre 1995 (dossier de la curatelle, photocopie, pièce 8).

A l'audience du 12 mars 2010, Mirella Sommacal a reconnu qu'elle avait signé ces différents documents en lieu et place de sa mère Maria Gualdi.

Il importe de rappeler que Mirella Sommacal, en raison d'une faillite personnelle, a cédé ses parts au sein de la SCRL Publi Promotion et a démissionné en tant qu'administratrice déléguée et d'associée le 31 décembre 1994.

Ce sont sa fille Barbara Scholl et un sieur Jean Massay qui lui succèdent en tant qu'associés et administrateurs à partir du 1^{er} janvier 1995.

Jean Massay est désigné à cette occasion administrateur délégué. La date à laquelle il quitte la société n'est pas connue.

Le 1^{er} août 1995, Barbara Scholl est désignée administratrice déléguée.

Elle démissionne de sa fonction d'administrateur gérant lors de l'assemblée générale extraordinaire du 20 juin 2004. C'est Albert Van Weersch, le compagnon actuel de Mirella Sommacal, qui lui succède en cette qualité.

Le 12 mars 2010, Mirella Sommacal a déclaré ce qui suit:

«Je suis devenue la gérante de fait de la société à partir de 95-96 jusqu'à la faillite. J'ai demandé à ma maman de participer à la société parce qu'il fallait trois personnes. Ma maman n'a jamais participé aux assemblées générales et aux réunions de conseils d'administration et c'est moi qui ai signé à sa place.

La signature de ma maman apparaît sur les pièces (énumérées plus haut). C'est en fait moi qui ai signé ces pièces. Il m'est arrivé de signer aussi au nom de ma fille» (procès-verbal d'audience du 12 mars 2010).

La demande en faux civil introduite par Maria Gualdi est fondée. Elle n'a jamais été associée ni exercé la moindre responsabilité au sein de la société faillie et elle doit être mise hors cause.

La demande des curateurs repose sur différents fondements invoqués «en cascade» et qui ne doivent être examinés que les uns à défaut des autres.

Il est constant que jamais les statuts de la SCRL Publi Promotion n'ont été mis en conformité avec la loi pour ce qui concerne le capital minimum. Le capital de la société est resté fixé à la somme de 21.000 BEF (520,58 €); aucune augmentation de capital n'a été publiée au Moniteur belge même si les derniers comptes publiés relatifs à l'exercice 2004 font état d'un capital de 9.667,85 € au lieu du capital minimum de 18.550 €.

Il reste que *«il ne suit ni l'article 168 de la loi du 20 juillet 1991 portant des dispositions sociales et diverses ni des autres dispositions dont la violation est invoquée que le défaut d'adaptation des statuts d'une société coopérative à responsabilité limitée existante au montant minimum de la part fixe du capital social requis pour une telle société depuis le 20 juillet 1991 précitée entraîne la perte du bénéfice de la responsabilité limitée»* (Cass., 18 mai 2009, Larcier Cass., 2009, p. 167).

Le premier fondement invoqué par les curateurs doit dès lors être rejeté.

Ceux-ci se basent ensuite sur l'article 409 du Code des sociétés.

A cet égard, c'est en vain que les intimés invoquent l'exception des «petites sociétés».

Puis aucune comptabilité n'a été tenue à partir du 1^{er} janvier 2005. C'est au gérant ou aux administrateurs de rapporter la preuve que la société se trouve dans les conditions pour échapper à l'application de la responsabilité aggravée prévue par cette disposition. Dès lors qu'il n'existe en l'espèce aucune comptabilité pour les années 2005 et 2006, cette preuve ne saurait être rapportée (dans ce sens, Liège, 13 février 2007, R.R.D., 2007, p. 145; Liège, 30 avril 2007, J.L.M.B., 2009, p. 728; Liège, 23 novembre 2007, J.L.M.B., 2009, p. 317).

C'est en vain en effet que les premier, troisième et quatrième intimés soutiennent qu'il appartiendrait aux curateurs de reconstituer la comptabilité de la SCRL Publi Promotion et que ceux-ci se refusent à produire les éléments qui permettraient de démontrer qu'ils peuvent bénéficier de l'exception.

Me Pierre Henfling et Me Raphaël Davin, qui sont également les curateurs de la SA Tiercé Franco Belge pour laquelle Publi Promotion travaillait exclusivement, étant rémunérée sous forme de commissions, expliquent que *«les données relatives aux chiffres d'affaires des agences telles que la SCRL Publi Promotion pour les périodes concernées leur sont inaccessibles dans la mesure où elles sont stockées sur des ordinateurs appartenant à la SA PMU»* (conclusions de synthèse, p. 8).

L'explication est plausible. En toute hypothèse, c'est aux intimés, ainsi qu'il vient d'être dit, qu'il appartient de prouver que Publi Promotion restait en deçà des chiffres prévus par l'article 409, alinéa 2, du Code des sociétés. Aucun manquement ne peut être reproché aux curateurs qui ont collaboré loyalement à l'administration de la preuve en autorisant le conseil des intimés à prendre connaissance de la comptabilité de la SA Tiercé Franco Belge (v. lettre du 29 avril 2009 des curateurs adressée à Jean-Philippe Renaud).

Il n'y a dès lors pas lieu d'ordonner la production *«des documents comptables (plus particulièrement l'extrait du grand livre des comptes relatifs aux opérations comptables entre la SCRL Publi Promotion et la SA Tiercé Franco Belge)»*, pas plus que celle de la convention conclue entre ces deux sociétés, ainsi que les premier et troisième intimés le demandent.

En cas de faillite de la société et d'insuffisance de l'actif, et s'il est établi qu'une faute grave et caractérisée dans leur chef a contribué à la faillite, tout administrateur ou gérant – actuel ou ancien – ainsi que toute autre personne qui a effectivement détenu le pouvoir de gérer la société, peuvent être déclarés personnellement obligés, avec ou sans solidarité, de tout ou partie des dettes sociales à concurrence de l'insuffisance d'actif.

Pour que l'action en responsabilité pour faute grave et caractérisée ayant contribué à la faillite soit intentée avec succès contre les dirigeants des sociétés concernées, trois éléments doivent être réunis.

§ 1. Une faute grave et caractérisée

Il s'agit d'une faute impardonnable qu'un dirigeant raisonnablement prudent et diligent n'aurait pas commise, heurtant les normes essentielles de la vie en société, non identifiable au dol bien qu'en étant voisine. La faute doit en outre être caractérisée, à savoir «nettement marquée», ce qui signifie que l'acte doit pouvoir être perçu comme gravement fautif par tout homme raisonnable: l'auteur était conscient ou devait l'être qu'elle contribuerait à la faillite de la société...

On cite comme exemples:

- l'absence d'adaptation du capital social aux nouvelles exigences légales relatives au capital minimum;
- l'absence de comptabilité privant la société de la vision nécessaire à son fonctionnement et étant à la source d'un non-respect des engagements envers les fournisseurs et les créanciers institutionnels;

§ 2. La faillite et l'insuffisance d'actif

Ce type d'action en responsabilité ne peut être intenté qu'en cas de faillite de la société et à condition que l'actif soit insuffisant pour couvrir l'ensemble des dettes sociales.

§ 3. La contribution de la faute grave et caractérisée à la faillite

Cette faute ne doit pas être l'origine exclusive de la faillite mais il suffit qu'elle y ait contribué, peu importe que d'autres facteurs en soient également la cause. Le demandeur est dispensé de prouver le lien causal entre la faute et l'insuffisance d'actif dont le dirigeant fautif est présumé responsable.

Le juge peut toutefois tempérer la condamnation.

Le juge est donc amené à exercer un important pouvoir d'appréciation, tant au niveau de l'établissement et de la qualification de la faute grave qu'au niveau de son imputabilité distincte à chacun des administrateurs, en fonction du rôle joué et des obligations particulières pesant sur lui. En outre, selon quels critères, le juge va-t-il décider de l'ampleur de la condamnation des dirigeants? La doctrine et la jurisprudence majoritaire estiment que le juge doit statuer en équité, et non à proportion du dommage causé par la faute grave et caractérisée. Le dirigeant peut donc être amené à supporter une condamnation qui excède les conséquences objectives de sa faute ou qui est réduite au regard de celles-ci» (Yves De Cordt et Marie Amélie Delvaux, La responsabilité des dirigeants en droit des sociétés et en droit financier, La responsabilité des dirigeants des personnes morales, DCL, Centre de droit des obligations, B&E, 2007, n^{os} 20, 21, 22, 23, p. 30 et s.).

Il n'y a pas de contestation au sujet de la deuxième condition; les curateurs ont d'ailleurs dressé un procès-verbal de carence le février 2007 à l'occasion des opérations d'inventaire.

Les curateurs invoquent au titre de fautes graves et caractérisées ayant contribué à la faillite:

- 1° l'absence de comptabilité à partir de 2005 qu'ils reprochent à Mirella Sommacal et Albert Van Weersch;
- 2° le défaut d'adaptation du capital social qu'ils reprochent aux quatre intimés;
- 3° le recours tardif contre l'imposition d'office pratiquée par l'administration des contributions le 20 octobre 2000 suite au défaut pour la société d'avoir rentré dans les délais sa déclaration à l'impôt des sociétés pour l'exercice d'imposition 1999 et l'absence de fiabilité des comptes annuels; le reproche est adressé à Mirella Sommacal, Albert Van Weersch et Barbara Scholl;
- 4° la gestion de fait de la société par Mirella Sommacal sous le couvert de deux hommes de paille, Albert Van Weersch et Barbara Scholl.

Le défaut de comptabilité pour les années 2005 et 2006 constitue bien une faute grave et caractérisée car il a privé la société de la vision nécessaire à son fonctionnement et l'a exposée à des sanctions fiscales et donc à un alourdissement de ses charges qui a pris la forme, pour l'exercice 2006, de l'enrôlement d'une cotisation de 29.355 € après application d'une majoration de 300 % pour sommes non justifiées. Cette absence de toute comptabilité a placé les curateurs dans l'impossibilité de soutenir le recours fiscal qu'ils avaient introduit à titre conservatoire contre cet enrôlement. Il faut encore relever que les comptes 2004 approuvés le 20 juin 2005 ne sont pas exacts puisque la dette fiscale résultant de l'imposition d'office relative à l'exercice d'imposition 1999 et qui s'élevait à 59.183,91 € n'a pas été provisionnée. Le défaut de comptabilité pour les années 2005 et 2006 et le défaut de fiabilité des comptes 2004 ont empêché les gérants de droit et de fait de la société de se rendre compte des graves difficultés de celle-ci. Cette faute a contribué à la faillite et permet de retenir la responsabilité de Albert Van Weersch et Mirella Sommacal sur la base de l'article 409 du Code des sociétés.

Il en va de même pour ce qui concerne le défaut d'adaptation du capital de la société aux normes légales, ce qui prive la société de fonds dont elle avait besoin. Cette faute engage la responsabilité non seulement de Mirella Sommacal mais également celle de Albert Van Weersch et Barbara Scholl qui sont devenus administrateurs après expiration du délai d'adaptation prévu par la loi du 20 juillet 1991 (Marie Amélie Delvaux, *Les sociétés coopératives qui n'ont pas adapté leur capital aux nouvelles exigences de la loi du 20 juillet 1991: quelles protections pour les tiers?*, R.D.C., 1998, n° 11, p. 593).

Pour ce fait bien précis, Barbara Scholl, qui a démissionné de ses fonctions d'administrateur gérant le 20 juin 2004, ne peut invoquer le bénéfice de la prescription prévue par l'article 198, § 1er, du Code des sociétés.

Il en va autrement pour ce qui concerne l'introduction tardive d'un recours contre l'enrôlement d'office notifié à la société le 20 octobre 2000. Le délai de cinq ans est en effet largement expiré au jour où l'action a été introduite. Cette faute ne constitue pas en effet un ensemble indivisible avec celles qui sont retenues par la cour.

La responsabilité de Barbara Scholl est toutefois retenue pour n'avoir pas provisionné la dette fiscale née le 20 octobre 2000 dans les comptes annuels 2000, 2001, 2002, (les comptes 2003 n'ont pas été déposés), cette faute présentant un caractère répété qui la fait échapper à la prescription quinquennale.

Le quatrième fait mis en évidence par les curateurs doit également être retenu. En effet, sans les concours successifs de sa fille et de son compagnon, Mirella Sommacal n'aurait pu poursuivre une activité qui lui était à l'époque interdite. Cette faute a également contribué à la faillite, la gestion de celle-ci étant loin d'être exempte de tout reproche ainsi qu'il vient d'être vu.

Les curateurs réclament le remboursement de l'intégralité du passif, soit 101.513,99 €.

Dès lors que les faits relatifs à l'imposition d'office intervenue en 2000 sont déclarés prescrits, ce montant doit être réduit à due concurrence, soit à la somme de (101.513,99 € – 59.183,91 €) 42.330,08 €.

Il doit toutefois être tenu compte de la gravité des fautes respectives et de leur incidence sur la faillite ainsi que du jeune âge de Barbara Scholl au jour de son entrée dans la société (dix-neuf ans) et de l'emprise exercée sur elle par sa mère, qui n'a pas hésité à signer certaines pièces à son nom.

L'action en comblement de passif étant accueillie, les autres fondements invoqués par les curateurs «à titre infiniment subsidiaire» ne doivent pas être rencontrés.

PAR CES MOTIFS,

(dispositif conforme aux motifs)

OBSERVATIONS

Cet arrêt nous offre l'occasion de procéder à deux rappels:

1. Les conséquences de l'absence d'adaptation du capital fixe d'une SCRL au minimum légal imposé par la loi du 20 juillet 1991

La loi du 20 juillet 1991² a augmenté le minimum de la part fixe du capital des SCRL et la question s'est maintes fois posée de savoir ce qu'il fallait faire si une SCRL n'a pas respecté les nouveaux prescrits légaux en matière de capital minimum: les fondateurs peuvent-ils voir leur responsabilité engagée s'ils n'ont «rien fait» dans le délai d'adaptation prescrit?

A plusieurs reprises, la jurisprudence a retenu la responsabilité des fondateurs sur pied de l'article 405, 1° du Code des sociétés, ce qui implique qu'ils soient réputés souscripteurs de la différence entre le capital souscrit et le capital fixe minimal requis par la loi nouvelle³. Cette sanction est inadéquate à divers titres.

Tout d'abord, il est évident qu'il n'y a pas eu lors de l'entrée en vigueur de la loi nouvelle imposant un capital minimal plus élevé de constitution d'une nouvelle société; on ne voit donc pas comment les fondateurs pourraient être responsables pour une prétendue *fondation* ne respectant pas les prescrits légaux.

De même, le droit transitoire s'oppose catégoriquement à ce que la sanction prévue par l'article 405, 1° puisse être appliquée aux sociétés constituées avant la date butoir prévue par la loi du 20 juillet 1991 pour adapter le capital des SCRL existantes⁴; en effet, introduit par une loi nouvelle, l'article qui fixe un nouveau capital social minimal crée une nouvelle cause de responsabilité pour les fondateurs, cause qui n'existait pas au moment où ils ont constitué leur société, et ce pour le non-respect d'une exigence qui elle aussi est introduite par cette même loi. A l'époque de la fondation de la société, acte instantané, les fondateurs ont respecté toutes les exigences légales; ils ne peuvent donc être tenus responsables qu'au regard de la loi en vigueur au moment où ils ont fondé la société, et la loi nouvelle n'aurait pu s'appliquer que si elle s'était expressément proclamée *rétroactive*, ce qui n'est pas le cas de la loi du 20 juillet 1991⁵.

La doctrine s'est vigoureusement opposée à la mise en cause des fondateurs dans ce contexte. Cette sanction serait d'ailleurs à la source d'une grande insécurité juridique: les fondateurs ne pourraient, en effet, plus jamais être sûrs, au moment où ils créent une so-

2. Loi du 20 juillet 1991 portant des dispositions sociales diverses, *M.B.*, 1^{er} août 1991, pp. 16.951 et s.

3. Comm. Charleroi (1^{re} ch.), 5 septembre 1995, *J.L.M.B.*, 1997, pp. 642 et s.; Mons, (1^{re} ch.), 1^{er} décembre 1997, non publié, R.G. 96/749 et 96/831, en cause J. GORREBEECK c. P.-H. BATAILLE et E. SIMONETTI c. P.-H. BATAILLE qui confirme Comm. Mons, 16 avril 1996, également non publié; Gand (16^e ch.), 9 mai 1997, *T.R.V.*, 1997, pp. 403 et s. qui confirme Civ. Bruges, 28 février 1995, non publié, en cause DEKEYSER c. STAES et alii. L'arrêt de la Cour d'appel de Gand, outre qu'il ne brille pas par sa rigueur juridique, est peu clair: en effet, au terme du dispositif, la Cour semble retenir la responsabilité de l'assemblée générale (et donc des associés) sur base de l'article 147ter au motif que ce serait sur cet organe que repose l'obligation d'adapter les statuts sociétaires!

4. Voir un jugement du 3 novembre 1997 de la troisième chambre du Tribunal de commerce de Termonde qui expose de façon très didactique les motifs de droit transitoire qui conduisent à exclure l'application de l'article 147ter, 1° aux fondateurs de sociétés préexistantes à la loi du 20 juillet 1991, *J.D.S.C.*, 1999, n° 79, p. 199 et note M.A. DELVAUX; voir également Comm. Charleroi (1^{re} ch.), 16 février 1999, *J.D.S.C.*, 2000, n° 181, p. 183 et note M.A. DELVAUX, *Rev. prat. soc.*, 1999, p. 119, *J.L.M.B.*, 2000, p. 276.

5. Voir Cass., ch. des vac., 12 septembre 1940, *Pas.*, 1940, pp. 215 et s.: «Attendu qu'aucune loi, fut-elle d'ordre public, qui modifie une règle de responsabilité ou établit une responsabilité nouvelle, ne régit la réparation des dommages dont la cause est antérieure à sa mise en vigueur; à moins que de toute certitude, le législateur n'ait entendu déroger au précepte qu'il s'est dicté dans l'article 2 du Code civil». Et plus particulièrement, en matière de droit des sociétés, deux décisions citées par T. VERHOEST, sous Gand (16^e ch.), 9 mai 1997, *T.R.V.*, 1997, pp. 405 et s.; Gand, 21 avril 1983, *T.B.H.*, 1984, pp. 30-31 (SPRL et application de l'article 123, 7° introduit par la loi du 4 août 1978) et Gand, 26 mars 1993, *T.B.H.*, 1993, pp. 935 et s. (SA et application de l'article 35, 6° introduit par la loi du 4 août 1978).

ciété, de connaître et de respecter l'ensemble des droits et obligations qui *pèseront* prochainement sur eux. En outre, tout fondateur est susceptible de quitter à tout moment la société; n'est-il pas absurde de le rendre responsable sur base d'une loi entrée en vigueur *après* qu'il ait quitté celle-ci ?

C'est donc vers la responsabilité des dirigeants que doivent se tourner les tiers qui veulent obtenir la réparation de leur préjudice découlant du défaut d'adaptation de la SCRL avec laquelle ils sont en lien contractuel, aquilien ou institutionnel (O.N.S.S., T.V.A., ...) à de nouvelles exigences légales en matière de capital minimum. En l'espèce, c'est l'action en comblement de passif qui a été utilement introduite par les curateurs.

Sur l'ensemble de cette problématique, nous renvoyons à notre article intitulé «*Les sociétés coopératives qui n'ont pas adapté leur capital aux nouvelles exigences de la loi du 20 juillet 1991: quelles protections pour les tiers ?*» paru dans la *R.D.C.*, 1998, pp. 588 à 595, et spéc. pp. 593-594.

2. La «faveur» faite aux petites SCRL dans le cadre de l'action en comblement de passif et la charge de la preuve

L'action en comblement de passif ne peut s'appliquer, selon l'article 409, alinéa 2, si la société en faillite est une SCRL qui a réalisé, au cours des trois derniers exercices qui précèdent la faillite, un chiffre d'affaires moyen inférieur à 620.000 EUR hors T.V.A., et si le total du bilan, au terme du dernier exercice, n'a pas dépassé 370.000 EUR⁶. Le chiffre d'affaires visé par cette disposition est celui réalisé par la société «au cours des trois exercices ayant précédé la faillite».

C'est aux administrateurs ou aux gérants qu'il appartient d'établir que la société qu'ils gèrent entre dans les conditions fixées par cet alinéa pour échapper à la lourde responsabilité instaurée par l'article 409, alinéa 1^{er}, et non à la curatelle ou au créancier agissant d'établir le contraire⁷. Sur le plan de la preuve en effet, et conformément au droit judiciaire (article 870 du Code judiciaire), on rappelle que la curatelle ou le créancier demandeur doit prouver trois éléments pour fonder la responsabilité d'un dirigeant dans le cadre d'une action en comblement de passif: la faillite, l'insuffisance d'actif et l'existence dans son chef d'une faute grave et caractérisée qui a contribué à la faillite. Si ces trois éléments sont établis, la responsabilité du dirigeant peut être engagée, à moins qu'à *son tour*, ce dernier apporte la preuve que la société dont il assume la gestion remplit les critères cumulatifs définis ci-dessus («petite SCRL»).

Quelles conséquences concrètes tirer de ce rappel de la charge de la preuve?

Tout d'abord, si la comptabilité de la société est insuffisante ou même inexistante et ne permet pas d'établir que la société gérée se trouvait dans les conditions légales pour bénéficier de la faveur faite par le législateur aux dirigeants de petites SCRL, cette faveur est tout simplement écartée.

6. Cette «faveur» a été créée pour les SPRL par la loi du 15 juillet 1985 modifiant les lois sur les sociétés commerciales, coordonnées le 30 novembre 1935 (art. 265, al. 2 du Code des sociétés) et étendue aux SCRL par la loi du 13 avril 1995 modifiant les lois sur les sociétés commerciales, coordonnées le 30 novembre 1935.

7. Voir Comm. Hasselt (4^e ch.), 9 avril 2002, *J.D.S.C.*, 2004, n° 589, p. 271 et obs. M.A. DELVAUX, *R.W.*, 2003-2004, liv. 1, p. 33, qui semble exiger, par erreur selon nous, que la curatelle établisse que la société a réalisé un chiffre d'affaires suffisant pour que son administrateur puisse voir sa responsabilité engagée.

C'est le cas dans l'arrêt commenté et dans un jugement du Tribunal de Commerce de Charleroi du 7 janvier 1997⁸ dans lequel les chiffres de la comptabilité d'une SPRL n'ont pas été jugés probants en raison de leur caractère fragmentaire et irrégulier, le tribunal considérant que seule une comptabilité régulièrement tenue peut se voir reconnaître une valeur probante; les dirigeants n'ont dès lors pu rapporter la preuve que la société gérée se trouvait dans les conditions légales pour bénéficier de la faveur faite par le législateur, mais le juge a rouvert les débats après avoir constaté que la comptabilité était susceptible d'être reconstituée, et notamment que le total du bilan pouvait être calculé sur base de pièces probantes disponibles; il a ainsi permis aux administrateurs de (tenter de) rapporter adéquatement la preuve indispensable susmentionnée.

Ensuite, selon nous, les dirigeants qui gèrent une société qui n'atteint pas trois années avant d'être déclarée en faillite ne peuvent bénéficier de cette faveur, puisqu'ils sont dans l'impossibilité d'établir le respect d'une des trois conditions (à savoir qu'au cours des trois exercices précédant la faillite, le chiffre d'affaires moyen était inférieur à 620.000 EUR) permettant de les libérer de leur responsabilité, et donc demeurent tenus. Toutefois, certains juges⁹ soutiennent que les dirigeants d'une société ayant moins de trois ans d'existence au jour de sa faillite profitent d'office du bénéfice instauré par la loi en faveur des petites sociétés. Cette assimilation de toute société presque «morte née», et ce quelle que soit son importance économique, à une «petite» société nous semble inadmissible au regard du texte légal, puisque le second alinéa des articles 265 et 409 du Code des sociétés se présente comme une exception au principe de responsabilité posé à l'alinéa premier, et plus précisément comme une restriction à son champ d'application, et que les exceptions sont de stricte interprétation.

Enfin, on ne peut suivre certains magistrats qui, comme la 7^e chambre de la Cour d'appel de Gand dans un arrêt du 16 juin 2003¹⁰ confirmant un jugement du Tribunal de commerce de Courtrai¹¹, considèrent que lorsque la société ne compte pas trois années d'existence, il convient de tenter de cerner, par des projections, tant le chiffre d'affaires qui pourrait être réalisé durant le laps de temps nécessaire pour parvenir à trois exercices complets que le total du bilan qui pourrait être réalisé lors du dernier exercice. Ceci permettrait de vérifier le respect des deux conditions chiffrées imposées par le législateur. Le ou les exercice(s) incomplet(s) devrai(en)t donc, selon cette thèse, être complété(s) au prorata, un expert pouvant être désigné pour effectuer les «savants calculs» nécessaires. Nous ne partageons pas cette thèse pour les mêmes motifs que ceux développés ci-avant. En outre, comment imaginer extrapoler le chiffre d'affaires futur d'une société sur base des résultats déjà connus, alors même que de nombreuses circonstances (économiques, politiques, sociales, conjon-

8. J.D.S.C., 1999, n° 98, p. 243 et obs. M.A. DELVAUX, R.D.C., 1997, p. 643.

9. Voir par exemple Comm. Bruxelles (5^e ch.), 14 février 1989, J.D.S.C., 1999, n°97, p. 241 et note M.A. DELVAUX. Sur cette question, voir notamment M. COIPEL, *Les sociétés privées à responsabilité limitée*, Rép. not., Tome XII, Livre IV et Larcier, 2^e Ed., 1997, n° 317-1, p. 270; C. PARMENTIER, «La responsabilité des dirigeants d'entreprises en cas de faillite», R.D.C., 1986, n° 57, p. 779; O. RALET, *Responsabilités des dirigeants de sociétés*, Bruxelles, Larcier, 1996, p. 180; J.-Fr. GOFFIN, *Responsabilités des dirigeants de sociétés*, 2^e Ed. de l'ouvrage d'O. RALET, Bruxelles, Larcier, 2004, pp. 233-234; F. t'KINT, «Les responsabilités en cas de faillite et de dissolution volontaire», D.A.O.R., n° 34, 1995, p. 18, n° 28; F. t'KINT, «La responsabilité des dirigeants de SA et de SPRL», R.R.D., 1980, p. 103.

10. J.D.S.C., 2005, n° 668, p. 188 et note M.A. DELVAUX, «L'exclusion de l'action en comblement de passif instaurée en faveur des petites SPRL et SCRL: qui prouve quoi?»; NjW, 2004 (abrégé), liv. 65, p. 380, note M.T.

11. Comm. Courtrai, 5 mars 2001, J.D.S.C., 2003, n° 511, p. 221 et note M.A. DELVAUX, «La charge de la preuve des conditions pour bénéficier de l'exclusion de l'action en comblement de passif instaurée en faveur des petites SPRL», R.W., 2001-2002, p. 748.

turelles, ...) sont susceptibles de bouleverser les prévisions? N'est-ce pas une tentative irréalisable, voire même fantaisiste?

370. Responsabilité des dirigeants à l'égard des tiers pour faute grave et caractérisée ayant contribué à la faillite – Responsabilité à l'égard de l'O.N.S.S.

N° 1012. – Comm. Mons (2^e ch.), 26 mai 2011¹

Présentation: Depuis la loi programme du 20 juillet 2006², l'article 265 du Code des sociétés relatif à l'action en comblement de passif en SPRL a été complété en vue de prévoir expressément la responsabilité personnelle et solidaire des dirigeants à l'égard de l'O.N.S.S. et du curateur pour tout ou partie des cotisations sociales, majorations et intérêts de retard, s'il est établi qu'une faute grave qu'ils ont commise était à la base de la faillite, ou, si au cours de la période de cinq ans qui précède le prononcé de la faillite, ils ont été impliqués dans au moins deux faillites, liquidations ou opérations similaires entraînant des dettes à l'égard d'un organisme de recouvrement des cotisations de sécurité sociale³.

Le texte présume qu'est une faute grave le fait que la société est dirigée par un gérant ou un responsable qui a été impliqué dans au moins deux faillites, liquidations ou opérations similaires entraînant des dettes à l'égard d'un organisme percepteur des cotisations sociales.

Cette disposition permet donc à l'Office national de Sécurité sociale et au curateur de réclamer à ces administrateurs, selon leur appréciation, la totalité ou une partie des cotisations de sécurité sociale et suppléments dus.

La décision publiée ci-après interroge la Cour constitutionnelle sur la différence de traitement entre les dirigeants de sociétés déclarées en faillite selon qu'elles sont redevables de dettes *fiscales* ou de dettes de *cotisations sociales*. En effet, le régime dérogatoire du droit commun en matière d'O.N.S.S. est plus sévère que celui qui concerne les dettes de précompte professionnel et de T.V.A. consacré dans le même texte légal⁴. Relativement aux dettes fiscales, seule existe une présomption *réfragable* de responsabilité alors que relativement aux dettes sociales, cette présomption est *irréfragable*, sans que cette différence de traitement ne semble objectivement justifiée de manière raisonnable et proportionnée par rapport à l'objectif ou à la finalité visée par le législateur. Ce régime plus favorable sur le plan fiscal s'exprime également par d'autres biais, puisqu'en matière de précompte professionnel par exemple⁵, l'article 442^{quater} du C.I.R. 92 prévoit

1012.-1. Cette décision n'a pas été publiée; elle porte le numéro de R.G. A/10/799.

2. Loi programme du 20 juillet 2006, *M.B.*, 28 juillet 2006, 2^e Ed., p. 36.921, articles 56, 57 et 58.

3. Article 38, § 3^{octies}, 8^o de la loi du 29 juin 1981 établissant les principes généraux de la sécurité sociale des travailleurs salariés.

4. Articles 442^{quater} du C.I.R. 92 et 93^{undecies} c du Code de la T.V.A. insérés par cette même loi du 20 juillet 2006.

5. Le régime est très similaire en matière de T.V.A sous réserve que l'article 93^{undecies}, c du Code de la T.V.A. prévoit que la responsabilité peut être engagée, outre pour le principal et les intérêts, pour les «frais accessoires», non visés par l'article 442^{quater}, § 4 du C.I.R. 1992.

une exclusion de présomption⁶ et une limitation des sommes dues⁷, définit une solidarité fondée sur la faute au sens de l'article 1382 du Code civil⁸ et pose une condition à la recevabilité de l'action⁹.

Outre cette intéressante question posée à la Cour constitutionnelle, la décision montoise répond également de manière pertinente à deux interrogations:

1. Faut-il, pour agir sur pied de l'article 265, § 2 du Code des sociétés, attendre la clôture de la faillite pour laquelle l'O.N.S.S. fait valoir son droit ou la clôture des deux faillites antérieures entraînant des dettes à l'égard de l'O.N.S.S.? La réponse est dans les deux cas négative: d'une part, du fait de la solidarité mise en place par l'article précité, l'O.N.S.S. n'est pas tenu d'attendre la clôture de la faillite pour laquelle il fait valoir ses droits et peut agir immédiatement contre le gérant, co-débiteur solidaire; ce dernier sera ensuite subrogé dans les droits de l'O.N.S.S. à l'égard de la faillite; d'autre part, les dettes à l'égard de l'O.N.S.S. dans les faillites antérieures doivent exister *au jour de la faillite*, peu importe que l'O.N.S.S. soit éventuellement remboursé ensuite.

2. Faut-il, pour être considéré comme «impliqué dans une faillite» antérieure, être gérant *au jour de la déclaration de faillite*? La réponse est également négative: la condition d'implication ne se limite pas à l'existence d'un mandat de gérant au jour de la faillite et l'associé unique lors du jugement déclaratif est pareillement impliqué dans la faillite.

Sommaire:

Le Tribunal saisi d'une demande de l'O.N.S.S. fondée sur l'article 265, § 2 du Code des sociétés ne doit pas réserver à statuer jusqu'à la clôture des faillites, celle à l'occasion de laquelle l'O.N.S.S. fait valoir son droit ou les faillites précédentes avec une dette O.N.S.S.

En effet, l'article 265, § 2 du Code des sociétés a pour effet de rendre les organes de la société solidairement responsables avec la société faillie du paiement du passif à l'égard de l'O.N.S.S. existant à la date de la faillite et cette solidarité implique que l'O.N.S.S. n'est pas tenu d'attendre la clôture de la faillite, mais peut agir immédiatement contre le gérant, codébiteur solidaire, qui sera ensuite subrogé dans ses droits à l'égard de la faillite.

6. Article 442quater, § 3 du C.I.R. 92: «Il n'y a pas présomption de faute au sens du § 2, alinéa 1^{er}, lorsque le non-paiement provient de difficultés financières qui ont donné lieu à l'ouverture de la procédure de concordat judiciaire, de faillite ou de dissolution judiciaire.»

7. Article 442quater, § 4 du C.I.R. 92: «La responsabilité solidaire des dirigeants de la société ou de la personne morale ne peut être engagée que pour le paiement, en principal et intérêts, des dettes de précompte professionnel.»

8. Article 442quater, § 1^{er} du C.I.R. 92: «En cas de manquement, par une société ou une personne morale visée à l'article 17, § 3, de la loi du 27 juin 1921 sur les associations sans but lucratif, les associations internationales sans but lucratif et les fondations, à son obligation de paiement du précompte professionnel, le ou les dirigeants de la société ou de la personne morale chargés de la gestion journalière de la société ou de la personne morale sont solidairement responsables du manquement si celui-ci est imputable à une faute au sens de l'article 1382 du Code civil, qu'ils ont commise dans la gestion de la société ou de la personne morale.

Cette responsabilité solidaire peut être étendue aux autres dirigeants de la société ou de la personne morale lorsqu'une faute ayant contribué au manquement visé à l'alinéa 1^{er} est établie dans leur chef.»

9. Article 442quater, § 5 du C.I.R. 92: «L'action judiciaire contre les dirigeants responsables n'est recevable qu'à l'expiration d'un délai d'un mois à dater d'un avertissement adressé par le receveur par lettre recommandée à la poste invitant le destinataire à prendre les mesures nécessaires pour remédier au manquement ou pour démontrer que celui-ci n'est pas imputable à une faute commise par eux.

Cette disposition ne fait, toutefois, pas obstacle à ce que le fonctionnaire chargé du recouvrement puisse requérir, dans le délai précité, des mesures conservatoires à l'égard du patrimoine du ou des dirigeants de la société ou de la personne morale qui ont fait l'objet de l'avertissement.»

En outre, l'expression «*au moins deux faillites, liquidations ou opérations similaires entraînant des dettes à l'égard d'un organisme de recouvrement des cotisations de sécurité sociale*» doit être comprise dans le sens que, pour que la responsabilité solidaire soit établie, les dettes à l'égard de l'O.N.S.S. dans les faillites antérieures doivent exister au jour de la faillite, sans tenir compte d'un remboursement ultérieur.

Le terme «impliqué» utilisé à l'article 265, §2 du Code des sociétés ne se limite pas à l'existence d'un mandat de gérant au jour de la faillite, le fait d'être associé unique au jour du jugement déclaratif remplissant cette condition d'implication, nullement définie par la loi.

La différence de traitement entre le dirigeant d'une société redevable de cotisations sociales et le dirigeant d'une société redevable de dettes fiscales suite à la loi programme du 20 juillet 2006 pose question puisqu'en matière d'O.N.S.S., la responsabilité des dirigeants repose sur une présomption irréfragable de responsabilité tandis qu'en matière de T.V.A. et de précompte professionnel, cette présomption est réfragable, sans que cette différence de traitement ait été justifiée par le législateur; une question préjudicielle doit donc être posée à la Cour constitutionnelle.

Parties: O.N.S.S. c/ Rosario FRANCIAMORE

Publication:

(...)

I. Exposé des faits

M. FRANCIAMORE a été gérant des sociétés suivantes: la SPRL TRAMECA, la SCRL ALDELEC et la SPRL ALL CONSTRUCT. Ces trois sociétés ont été déclarées en faillite.

Le 2 juillet 2010, l'ONSS assigna M. FRANCIAMORE devant le tribunal de commerce de Mons, en vue d'obtenir sa condamnation à payer les cotisations sociales impayées par la SPRL ALL CONSTRUCT.

II. Objet de la demande

L'ONSS sollicite la condamnation de M. FRANCIAMORE à payer la somme de 105.307,73 EUR, augmentée des intérêts et des frais. Il souhaite également que l'exécution provisoire soit accordée, avec exclusion du cantonnement.

III. Discussion

A. Position des parties

1. Position de l'ONSS

Les conditions requises pour l'application de l'article 265 C. soc. sont présentes. M. FRANCIAMORE a bien été impliqué dans deux faillites dans les cinq années précédant la faillite de la SPRL ALL CONSTRUCT. En outre, il existait un passif social dans ces deux faillites à la date de l'ouverture de la faillite.

Il n'y a pas lieu de surseoir à statuer puisque les conditions d'application de cet article sont déjà présentes actuellement. D'éventuels paiements ultérieurs par le curateur n'y changeront rien.

La constitutionnalité de l'article 265 a déjà été constatée par la Cour constitutionnelle. Il n'y a donc plus lieu à poser de question préjudicielle.

Le tribunal n'a pas de pouvoir de réduction des sommes dues par M. FRANCIAMORE. A supposer qu'il ait un pouvoir d'appréciation, il n'y a pas lieu à réduction, à défaut de justification par M. FRANCIAMORE.

2. Position de M. FRANCIAMORE

Il y a lieu d'attendre la clôture des faillites concernées. S'il apparaissait que l'ONSS est intégralement remboursé dans l'une des faillites antérieures, les conditions d'application de l'article 265 ne seraient plus rencontrées.

En outre, M. FRANCIAMORE n'était plus gérant de la SPRL TRAMECA lors de la faillite. Le passif social était quasiment inexistant lorsqu'il a démissionné de ses fonctions de gérant.

L'article 265 crée des inégalités injustifiées. Il s'agit d'une disposition exorbitante, qui crée une sorte de présomption irréfragable de responsabilité, ce qui dépasse le but initial poursuivi par le législateur. Il y a une discrimination avec les personnes physiques, qui peuvent invoquer l'excusabilité et avec les sociétés tenues de dettes fiscales, pour lesquelles il n'existe pas de présomption irréfragable de responsabilité.

Subsidiairement, M. FRANCIAMORE s'en remet au pouvoir d'appréciation du tribunal. Il relève que les trois faillites sont des faillites par répercussion et que le passif vis-à-vis de l'ONSS n'est pas dû à une faute de sa part. Il demande donc que le tribunal limite à 10.000 EUR le montant réclamé par l'ONSS.

B. Examen par le tribunal

1. Fondement de l'action de l'ONSS

L'ONSS se fonde sur l'article 265 § 2 C. soc.

Cet article dispose que:

«§ 2. Sans préjudice du § 1er, l'Office national de Sécurité sociale et le curateur peuvent tenir les gérants, anciens gérants et toutes les autres personnes qui ont effectivement détenu le pouvoir de gérer la société comme étant personnellement et solidairement responsables pour la totalité ou une partie des cotisations sociales, majorations, intérêts de retard et de l'indemnité forfaitaire visée à l' [article 54ter] de l'arrêté royal du 28 novembre 1969 pris en exécution de la loi du 27 juin 1969 révisant l'arrêté-loi du 28 décembre 1944 concernant la sécurité sociale des travailleurs, dus au moment du prononcé de la faillite, s'il est établi qu'une faute grave qu'ils ont commise était à la base de la faillite, ou, si au cours de la période de cinq ans qui précède le prononcé de la faillite, les gérants, anciens gérants et responsables se sont trouvés dans la situation décrite à l'article 38, § 3octies, 8° de la loi du 29 juin 1981 établissant les principes généraux de la sécurité sociale des travailleurs salariés.

(...)

Est considérée comme faute grave, toute forme de fraude fiscale grave et organisée au sens de l'article 3, § 2, de la loi du 11 janvier 1993 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme, ainsi que le fait que la société est dirigée par un gérant ou un responsable qui a été impliqué dans au moins deux faillites, liquidations ou opérations similaires entraînant des dettes à l'égard d'un organisme percepteur des cotisations sociales. Le Roi peut, après avis du comité de gestion de l'Office national de sécurité sociale, déterminer les faits, données ou circonstances qui, en vue de l'application du présent paragraphe, peuvent également être considérés comme faute grave.»

L'article 38 § 3 octies 8° de la loi du 29 juin 1981 dispose que:

«8. s'il s'agit d'une personne morale, compter parmi les administrateurs, les gérants ou les personnes ayant le pouvoir d'engager la société, des personnes qui ont été impliquées dans au moins deux faillites, liquidations ou opérations similaires entraînant des dettes à l'égard d'un organisme de recouvrement des cotisations de sécurité sociale.»

Il ressort de ces dispositions que la loi prévoit deux cas de figure:

- soit le gérant, l'ancien gérant ou la personne qui a détenu le pouvoir de gérer la société a commis une faute grave à la base de la faillite; la loi précise à ce sujet que sont considérés comme des fautes graves: le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme, le fait d'avoir été impliqué antérieurement dans deux faillites au moins, entraînant des dettes à l'égard de l'ONSS, ou le fait de figurer dans une hypothèse réputée faute grave par le Roi (l'arrêté royal sur ce point n'a jamais été adopté),
- soit le gérant, l'ancien gérant ou la personne qui a détenu le pouvoir de gérer la société s'est trouvé, dans les cinq années précédant la faillite, impliqué dans au moins deux faillites entraînant des dettes à l'égard de l'ONSS.

Le fait d'être impliqué dans des faillites antérieures revient donc deux fois dans cette disposition:

- une première fois dans les présomptions de faute grave,
- une seconde fois comme condition de la solidarité des dirigeants de la société avec la société faillie, pour les dettes de cotisations sociales de la société faillie (soit la situation décrite à l'article 38, § 3 octies, 8° de la loi du 29 juin 1981).

L'ONSS a clairement indiqué qu'il se fondait, dans le cas présent, sur la seconde hypothèse, soit le fait que «les gérants, anciens gérants et responsables se sont trouvés dans la situation décrite à l'article 38, § 3 octies, 8° de la loi du 29 juin 1981».

2. Eléments de fait invoqués par l'ONSS

2.1 – La demande vise la condamnation de M. FRANCIAMORE, solidairement avec la SPRL ALL CONSTRUCT en faillite, à prendre en charge les arriérés de cotisations sociales dues par la SPRL ALL CONSTRUCT.

Pour que les conditions requises par l'article 265 § 2 C. soc. soient présentes, l'ONSS doit donc prouver que M. FRANCIAMORE a été «impliqué» dans deux faillites antérieures (1), ne remontant pas à plus de cinq ans (2), entraînant des dettes à l'égard d'un organisme percepteur des cotisations sociales (3).

La faillite de SPRL ALL CONSTRUCT a été prononcée le 10 mai 2010. Le délai de cinq ans remonte donc au 10 mai 2005.

2.2 – L'ONSS expose que:

- M. FRANCIAMORE a été gérant de la SPRL TRAMECA (1), déclarée en faillite le 12 octobre 2009 (2); dans cette faillite, la SPRL TRAMECA était redevable d'une somme de 144.262,20 EUR à l'ONSS (3);
- M. FRANCIAMORE a été gérant de la SCRL ALDELEC (1), déclarée en faillite le 3 mai 2010 (2); dans cette faillite, la SCRL ALDELEC était redevable d'une somme de 206.910,55 EUR à l'ONSS (3).

En principe donc, les conditions requises par l'article 265 § 2 C. soc. sont remplies.

3. La demande de surséance

3.1 – M. FRANCIAMORE demande que le tribunal attende la clôture des faillites, au motif que des remboursements de la créance de l'ONSS pourraient très bien encore intervenir. Compte tenu du privilège de l'ONSS, la survenance de la faillite n'exclut pas toute possibilité de distribution d'un dividende par le curateur.

L'ONSS s'y oppose.

Le tribunal estime également qu'il n'y a pas lieu à réserver à statuer.

3.2 – D'une part, l'article 265 § 2 C. soc. a pour effet de rendre les organes de la société solidairement responsables avec la société faillie du paiement du passif à l'égard de l'ONSS, existant à la date de la faillite.

Du fait de cette solidarité mise en place par la loi, l'ONSS n'est pas tenu d'attendre la clôture de la faillite. Il peut agir immédiatement contre le gérant, déclaré co-débiteur solidaire. Si le recours contre le gérant de la société faillie aboutit, celui-ci sera subrogé dans les droits de l'ONSS à l'égard de la faillite.

3.3 – D'autre part, l'expression «*au moins deux faillites, liquidations ou opérations similaires entraînant des dettes à l'égard d'un organisme de recouvrement des cotisations de sécurité sociale*» doit être comprise dans le sens que, pour que la responsabilité solidaire soit établie, les dettes à l'égard de l'ONSS dans les faillites antérieures doivent exister au jour de la faillite. Le fait que l'ONSS soit remboursé à l'issue de la faillite ne fait pas disparaître les conditions d'application de l'article 265.

Il est donc inutile d'attendre la clôture des deux faillites antérieures, puisque d'éventuels remboursements de la créance de l'ONSS n'auront pas d'incidence sur les conditions d'application du recours de l'ONSS contre M. FRANCIAMORE, dans le cadre de la faillite de la SPRL ALL CONSTRUCT.

4. La condition d'implication de M. FRANCIAMORE dans la faillite SPRL TRAMECA

4.1 – M. FRANCIAMORE conteste avoir été «impliqué» dans la faillite de la SPRL TRAMECA et conteste également la condition d'existence de dettes de cotisations sociales.

En effet, la faillite a été prononcée le 12 octobre 2009. Or, M. FRANCIAMORE avait démissionné de son mandat de gérant le 12 janvier 2009. En outre, il soutient qu'à la date de sa démission, il n'existait pas de passif à l'égard de l'ONSS.

4.2 – Le terme «impliqué» n'est pas autrement défini par la loi. Il n'a pas non plus été précisé dans les travaux préparatoires ou l'avis du Conseil d'Etat.

L'ONSS relève à juste titre que la condition d'implication ne se limite pas à l'existence d'un mandat de gérant au jour de la faillite. M. FRANCIAMORE, même s'il n'était plus gérant, était toujours associé unique de la SPRL TRAMECA lors du jugement déclaratif.

Dans ces conditions, on peut effectivement considérer qu'il a été «impliqué» dans la faillite de la SPRL TRAMECA.

4.3 – Par ailleurs, l'extrait de compte déposé par l'ONSS indique clairement que des dettes de cotisations sociales existaient antérieurement au premier trimestre 2009.

M. FRANCIAMORE ne pourrait donc prétendre qu'il n'existait pas de passif de cotisations sociales à la date à laquelle il a démissionné de ses fonctions de gérant.

5. La constitutionnalité de l'article 265 § 2 C. soc.

5.1 – La constitutionnalité de l'article 265 § 2 C. soc. n'a jamais été examinée par la Cour constitutionnelle. Toutefois, celle-ci s'est prononcée concernant l'article 530 § 2 C. soc.¹⁰, qui est une disposition similaire, insérée dans la partie du Code consacrée aux sociétés anonymes. Dès lors que le texte de l'article 530 § 2 est superposable à celui de l'article 265 § 2, l'arrêt de la Cour constitutionnelle est parfaitement transposable à la responsabilité des gérants de SPRL.

Dans cet arrêt, la Cour constitutionnelle a considéré que l'article 530 § 2 C. soc. ne violait pas les articles 10 et 11 de la Constitution.

5.2 – La question préjudicielle invitait la Cour à comparer le statut des dirigeants d'une société faillie qui avait été impliqués dans au moins deux faillites antérieures entraînant des dettes à l'égard de l'ONSS, suivant que la condamnation solidaire des dirigeants de société porte ou non sur des dettes de cotisations sociales. En effet, le régime spécifique de responsabilité objective des dirigeants de société se trouvant dans la situation décrite à l'article 38, § 3octies, 8° de la loi du 29 juin 1981 ne s'applique que pour les dettes de cotisations sociales. Pour les autres dettes, le demandeur ne pourra obtenir la condamnation du dirigeant qu'en prouvant une faute grave dans son chef, ayant contribué à la faillite.

La Cour a considéré que la situation particulière réservée aux dirigeants de société pour les dettes de cotisations sociales était en rapport avec le but poursuivi par le législateur, à savoir assurer le paiement des cotisations sociales en cas de faillites successives de sociétés commerciales constituées par des employeurs peu scrupuleux¹¹.

10. C.C., 17 septembre 2009, arrêt 139/2009.

11. Arrêt, point B.8.

Elle a également relevé que le régime strict réservé aux dirigeants d'entreprise dans cette hypothèse était justifié, au vu du pouvoir d'appréciation étendu reconnu au tribunal. En effet, celui-ci dispose du pouvoir de condamner les dirigeants à payer «la totalité ou partie des cotisations sociales, majorations, intérêts de retard et de l'indemnité forfaitaire»¹².

5.3 – M. FRANCIAMORE estime toutefois que cet arrêt n'épuise pas l'examen de la constitutionnalité de l'article 265 § 2.

Il relève que la différence de traitement entre les dirigeants de SPRL, soumis au régime de l'article 265, et les personnes physiques, qui peuvent bénéficier de l'excusabilité, n'est pas justifiée. Or, cette question n'a pas été examinée dans l'arrêt en question.

Il considère également que la différence de traitement entre dettes fiscales et dettes de cotisations de sécurité sociale n'est pas non plus justifiée. En effet, pour ce qui est des dettes fiscales, l'Etat belge doit établir l'existence d'une faute dans le chef de l'organe de la société faillie, pour engager sa condamnation solidaire. Pourtant, la motivation de l'article 265 § 2, à savoir la lutte contre les comportements malhonnêtes d'employeurs qui multiplient les sociétés, qui tombent successivement en faillite en laissant un passif de cotisations sociales, serait parfaitement transposable aux dettes fiscales résultant d'une faillite. Dès lors, le caractère irréfutable de la présomption de responsabilité instaurée par l'article 265 § 2 C. soc. n'est pas justifié.

5.4 – Le tribunal estime que la situation d'un failli personne physique et celle de l'organe d'une société faillie n'est pas du tout comparable.

S'il est vrai qu'un failli personne physique peut espérer obtenir assez facilement l'excusabilité, la condamnation solidaire d'un gérant de société par application de l'article 265 § 2 suppose qu'il y ait eu deux faillites antérieures.

Si on applique cette situation à une personne physique, cela suppose qu'à deux reprises, le failli personne physique ait déjà été déclaré antérieurement en faillite.

Si l'excusabilité permet de libérer le failli de ses dettes futures, elle ne fait pas obstacle à la liquidation de son patrimoine dans le cadre de la faillite. Dès lors, si on se place dans une hypothèse comparable à celle de l'article 265, il faut donc qu'à trois reprises, le failli ait vu l'intégralité de son patrimoine personnel liquidée dans le cadre d'une faillite.

A l'inverse, dans le cadre de l'article 265, le gérant de la société faillie ne sera tenu que des dettes sociales de la troisième faillite. Il restera définitivement protégé par la responsabilité limitée découlant de la constitution d'une société, pour l'exercice des deux activités commerciales antérieures ayant donné lieu à faillite.

Dans un tel contexte, on ne peut pas vraiment considérer que le régime mis en place par l'article 265 impose aux dirigeants de SPRL des charges injustifiées, par rapport aux personnes physiques.

12. Arrêt, point B.10.

5.5 – En revanche, il est justifié de s'interroger sur la différence de traitement entre le dirigeant d'une société redevable de cotisations sociales et le dirigeant d'une société redevable de dettes fiscales.

En effet, il a été indiqué ci-dessus que le régime mis en place par l'article 265 esi une forme de responsabilité objective, dans laquelle la responsabilité des gérants, anciens gérants ou responsables de fait repose sur une présomption irréfragable de responsabilité¹³.

En revanche, les articles 442^{quater} du CIR 92 et 93^{undecies} c du Code de la TVA instaurent une présomption réfragable de responsabilité des organes, en cas de non paiement par la société du précompte professionnel ou de la TVA. Il est expressément précisé par la loi qu'il n'y a pas présomption de faute, lorsque le non-paiement provient de difficultés financières qui ont donné lieu à l'ouverture de la procédure de réorganisation judiciaire, de faillite ou de dissolution judiciaire.

Cette différence de traitement n'a pas été justifiée par le législateur¹⁴.

La responsabilité des organes de société en matière de non paiement des cotisations sociales a été justifiée par le fait que:

«Il est inadmissible que certains employeurs malhonnêtes créent des entreprises et disparaissent au moment où les premiers paiements doivent être effectués, pour ensuite créer une nouvelle société, et ainsi de suite. Il importe que les cotisations dues soient payées correctement»¹⁵.

On aurait parfaitement pu considérer que ce motif s'applique également aux dettes fiscales restant en souffrance dans le cadre de faillites en cascade de sociétés constituées successivement par des personnes peu scrupuleuses.

Or, comme indiqué ci-dessus, pour ce qui est des dettes fiscales, la responsabilité des organes de la société est moins lourde puisque la présomption de responsabilité qui pèse sur eux est réfragable.

Il y a lieu d'interroger la Cour constitutionnelle sur ce point.

IV. Décision du tribunal

Le Tribunal,

(...)

Pose à la Cour constitutionnelle la question préjudicielle suivante:

«L'article 265 § 2 du Code des sociétés viole-t-il les articles 10 et 11 de la Constitution en ce que:

13. Voir point B.7 de l'arrêt de la Cour constitutionnelle.

14. M.A. DELVAUX, «Quelques réflexions sur la constitutionnalité de l'article 530, § 2 du Code des Sociétés», *J.D.S.C.*, 2010, p. 159.

15. Voir point B.6 de l'arrêt de la Cour constitutionnelle.

il prévoit que les gérants d'une SPRL, anciens gérants et toutes les autres personnes qui ont effectivement détenu le pouvoir de gérer la société pourront être tenus comme étant personnellement et solidairement responsables pour la totalité ou une partie des cotisations sociales, majorations, intérêts de retard et de l'indemnité forfaitaire (...), dus au moment du prononcé de la faillite, si au cours de la période de cinq ans qui précède le prononcé de la faillite, ces personnes se sont trouvées dans la situation décrite à l'article 38, § 3^{octies}, 8° de la loi du 29 juin 1981 établissant les principes généraux de la sécurité sociale des travailleurs salariés, sans qu'elles puissent renverser la présomption de responsabilité qui pèsent sur elles,

alors que:

l'article 442^{quater} CIR 92, qui prévoit également une responsabilité solidaire des dirigeants d'une société commerciale pour non paiement du précompte professionnel par la société,

- dispose que cette responsabilité est subordonnée à la preuve d'une faute au sens de l'article 1382 du Code civil,
- que, si le non-paiement répété par la société du précompte professionnel est présumé résulter d'une telle faute, la preuve contraire peut être rapportée et
- qu'il n'y a pas présomption de faute, lorsque le non-paiement provient de difficultés financières qui ont donné lieu à l'ouverture de la procédure de réorganisation judiciaire, de faillite ou de dissolution judiciaire,

et que:

l'article 93^{undecies} C prévoit des dispositions similaires en cas de non paiement de la TVA?»

Réserve à statuer pour le surplus et renvoie la cause, ainsi limitée, au rôle particulier.

(...)

370. Responsabilité pour faute grave et caractérisée ayant contribué à la faillite d'une SA

N° 1013. – Liège (14^e ch.), 10 juin 2010¹

Présentation: Cet arrêt retient notre attention par son analyse pertinente des éléments fondateurs de la responsabilité dans le cadre de l'action en comblement de passif. L'hypothèse est celle d'une société pratiquement mort-née: deux personnes créent une SA, l'une étant également administrateur délégué tandis que l'autre et un tiers sont désignés administrateurs. A peine un mois plus tard, le fondateur administrateur délégué disparaît dans la nature alors que la société a été créée pour développer les activités qu'il exerçait précédemment en personne physique. Deux semaines plus tard, l'administrateur «tiers», vraisemblablement intervenu dans cette SA pour lui faire profiter de son

1013.-1. Cette décision a été publiée dans *R.R.D.*, 2009, n°133, p. 355.

carnet d'adresses, démissionne² sans que la publicité de sa démission soit assurée. Trois mois plus tard, la fondatrice administrateur démissionne également de cette fonction, la société étant visiblement laissée à l'abandon puisque le seul administrateur restant est «dans la nature»³.

En premier degré, le curateur recherchait tant la responsabilité des fondateurs pour capital manifestement insuffisant (article 456, 4^o du Code des sociétés) que celle des dirigeants pour faute grave et caractérisée ayant contribué à la faillite (article 530 du Code des sociétés).

Le premier juge balaie le premier fondement mais condamne par contre la fondatrice administratrice, professionnelle de la gestion et de la comptabilité, dans le cadre de l'action en comblement de passif. Le curateur forme appel pour que soit également condamné l'administrateur «tiers», abandonnant toute poursuite contre la succession du fondateur administrateur délégué, entretemps décédé.

Il est reproché à l'administrateur «tiers» un désintérêt de la gestion de la société faillie, une démission des fonctions d'administrateur de la société de manière intempestive moins de deux mois après sa nomination et l'absence de convocation d'un conseil d'administration, notamment pour vérifier si sa démission était acceptée et publiée.

La Cour estime que sa responsabilité ne peut être retenue car sa faute ne peut être qualifiée de grave et caractérisée au sens de l'article 530, § 1^{er} du Code des sociétés, d'une part, parce que la gestion administrative et comptable de la société avait été confiée à la fondatrice administrateur et d'autre part, parce que l'essentiel du passif était déjà constitué lors de la disparition du fondateur administrateur délégué, la société n'exerçant ensuite plus aucune activité de sorte qu'il n'y a pas eu d'aggravation du passif qui soit imputable au seul dirigeant encore poursuivi en appel (la condamnation de la fondatrice administrateur étant devenue définitive en premier degré).

Particularité de l'arrêt sur le plan du droit judiciaire: la Cour condamne l'intimé à supporter ses propres dépens d'instance et d'appel au motif que, même s'il a gagné la procédure, c'est sa négligence qui est à l'origine du litige.

Sommaire partiel: L'administrateur peut démissionner à tout moment sans justifier sa décision, et celle-ci produit ses effets sans devoir être acceptée par le conseil d'administration ou l'assemblée générale, la simple notification à la société étant suffisante (article 2007 du Code civil).

Cette démission ne peut cependant être ni intempestive, ni inopportune, sous peine d'engager la responsabilité de l'administrateur démissionnaire.

L'administrateur doit continuer l'exercice de ses fonctions jusqu'à ce que sa démission ait été constatée et que son remplacement ait été assuré.

Dans les circonstances concrètes de l'espèce, la faute de l'administrateur qui a délaissé la gestion de la société, puis a démissionné, ne peut être qualifiée de grave et caractérisée au sens de l'article 530, § 1^{er} du Code des

2. On rappelle que l'article 518, § 1^{er} du Code des sociétés prévoit que la SA doit être gérée par 3 administrateurs sauf si, comme en l'espèce, elle ne compte que deux associés, le nombre d'administrateurs pouvant alors être limité à 2. En l'espèce, l'administrateur Vaxelaire pouvait donc démissionner sans mettre à mal cette exigence légale (quoique l'administrateur délégué ait disparu dans la nature...).

3. Cette fois, la SA viole le prescrit légal de l'article 518, § 1 du Code des sociétés.

sociétés car il est établi que la gestion administrative et comptable de la société avait été confiée à un autre administrateur et que la société avait cessé toute activité plusieurs semaines avant cette démission, aucune aggravation du dommage ne pouvant être imputée au démissionnaire. Lorsque c'est la négligence de la partie qui a obtenu gain de cause en appel qui est à l'origine du litige, la charge de ses propres dépens d'instance et d'appel doit lui être délaissée.

Parties: Me Pierre HENRY *qualitate qua* faillite de la SA Nostalgia Editions c/ Georges Vaxelaire et Anne Raison

Publication:

ANTECEDENTS

Le 2 juillet 2004, Michel MEYER et Anne RAISON constituent la SA NOSTALGIA EDITIONS qui a pour objet essentiel l'édition, la commercialisation, la distribution et la publication de livres et ouvrages d'art. En fait, la société a pour but la poursuite et le développement des activités exercées par Michel MEYER en personne physique.

Le capital de la société est entièrement libéré. Le même jour, un conseil d'administration est désigné. Il est composé de Michel MEYER, administrateur délégué, d'Anne RAISON et Georges VAXELAIRE, administrateurs.

Les activités de la société seront de très courte durée. En effet, la cheville ouvrière de celle-ci, Michel MEYER, menace de se suicider et disparaît le 9 août 2004. En fait, il se réfugie à l'étranger et il ne revient qu'à la fin de l'année, peu de temps avant de déposer le bilan de sa société dans laquelle Georges VAXELAIRE qui a démissionné le 24 août 2004 n'a jamais exercé la moindre activité. Il semble bien en fait que le rôle attribué à Georges VAXELAIRE consistait à faire bénéficier la société de son carnet d'adresses.

Par citation des 20 et 23 novembre 2006, le curateur de la SA NOSTALGIA EDITIONS assigne les trois administrateurs en remboursement du passif de la société estimé à 40.652,43. L'action est basée sur les articles 95 et 456, 4° du Code des sociétés.

En termes de conclusions d'instance, le curateur fondera son action exclusivement sur les articles 456, 4° et 530 § 1^{er} du Code des sociétés.

Dans son jugement, le tribunal de commerce rejette le fondement tiré de l'existence d'un capital manifestement insuffisant lors de la constitution de la société et il met hors cause Michel MEYER et Georges VAXELAIRE pour ce qui concerne l'action en comblement de passif et retient la seule responsabilité de Anne RAISON, qui pourtant avait également démissionné de ses fonctions d'administrateur le 30 novembre 2004, aux motifs que:

«Rien au dossier du curateur n'établit que monsieur MEYER ait commis une faute grave et caractérisée. Il s'agit en réalité d'une abstention coupable. On peut retenir dans son chef une certaine naïveté dans la confiance qu'il a donnée à Madame RAISON, laquelle est une professionnelle de la gestion et de la comptabilité»,

«C'est donc bien Madame RAISON qui est en défaut d'avoir assuré cette gestion comptable et qui s'est totalement désintéressée de la société ... en abandonnant la gestion administrative et surtout comptable de la société pratiquement dès sa constitution, en sa qualité

de professionnelle, (elle) a commis ainsi une faute grave et caractérisée emportant sa responsabilité sur base de l'article 530 alinéa 1^{er} du Code des sociétés».

Le tribunal condamne Anne RAISON au paiement de 25.000 € majorés des intérêts judiciaires, cette somme correspondant au coût de l'édition d'un livre commandé par elle et qui ne s'est pas vendu.

Le jugement est coulé en force de chose jugée à l'égard d'Anne RAISON.

En degré d'appel, le litige se trouve circonscrit à l'action en comblement de passif du curateur contre Georges VAXELAIRE.

Le curateur explique qu'il n'a pas dirigé son appel contre Michel MEYER, entretemps décédé, ou ses héritiers, au motif que «celui-ci a terminé sa vie dans la plus grande misère ... et ne laissant aucun sou à une succession par ailleurs inexistante».

PROCEDURE

L'intervention volontaire à la cause en appel d'Anne RAISON n'est pas recevable.

La force de chose jugée qui s'attache au jugement de première instance à l'égard d'Anne RAISON s'oppose en effet à ce que les dispositions de celui-ci puissent être remises en cause par elle dans le cadre d'une intervention volontaire conservatoire en degré d'appel.

«Une partie ne peut être reçue comme intervenante devant le juge du second degré si elle a été présente, appelée ou représentée en première instance. Comme l'intervention est réservée aux personnes qui pourraient recourir à une tierce opposition, le juge d'appel doit repousser toute initiative émanant d'un plaideur qui se trouve dans une situation où l'usage de cette voie de recours est prohibé.

Celui qui a été partie en première instance ne peut qu'interjeter appel. Il lui est interdit, par le biais d'une intervention à la barre de la juridiction supérieure, de tourner les dispositions d'ordre public qui fixent la durée du délai (d') appel» (A. FETTWEIS, Manuel de procédure civile, 1987, n° 583)

Anne RAISON devra dès lors supporter la charge des dépens résultant de son intervention et, dans la mesure où elle ne postulait aucune condamnation à charge de Georges VAXELAIRE, celui-ci ne peut réclamer sa condamnation au paiement d'une indemnité de procédure.

DISCUSSION

Le curateur reproche à Georges VAXELAIRE de s'être désintéressé de la gestion de la société faillie, d'avoir démissionné de ses fonctions d'administrateur de la société de manière intempestive moins de deux mois après sa nomination et encore de n'avoir pas convoqué lui-même un conseil d'administration ni vérifié que sa démission était acceptée et publiée.

Le curateur ne conteste toutefois pas que la démission de Georges VAXELAIRE ait été donnée pour des raisons personnelles et familiales.

Il convient d'emblée de constater que l'attitude du curateur est paradoxale dans la mesure où il s'incline devant le jugement qui décide que l'administrateur délégué de la société faillie n'a commis aucune faute grave et caractérisée ayant contribué à la faillite tandis qu'il soutient qu'il en serait autrement pour l'administrateur VAXELAIRE qui a démissionné de ses fonctions le 24 août 2004 et n'a joué aucun rôle dans la société, ce qui lui est donc reproché au titre de faute grave et caractérisée.

«En cas de faillite de la société et d'insuffisance de l'actif et s'il est établi qu'une faute grave et caractérisée dans leur chef a contribué à la faillite, tout administrateur ou gérant – actuel ou ancien – ainsi que toute autre personne qui a effectivement détenu le pouvoir de gérer la société, peuvent être déclarés personnellement obligés, avec ou sans solidarité, de tout ou partie des dettes sociales à concurrence de l'insuffisance d'actif.

(...)

Pour que l'action en responsabilité pour faute grave et caractérisée ayant contribué à la faillite soit intentée avec succès contre les dirigeants des sociétés concernées, trois éléments doivent être réunis.

§ 1. Une faute grave et caractérisée

Il s'agit d'une faute impardonnable qu'un dirigeant raisonnablement prudent et diligent n'aurait pas commise, heurtant les normes essentielles de la vie en société, non identifiable au dol bien qu'en étant voisine. La faute doit en outre être caractérisée, à savoir «nettement marquée», ce qui signifie que l'acte doit pouvoir être perçu comme gravement fautif par tout homme raisonnable: l'auteur était conscient ou devait l'être qu'elle contribuerait à la faillite de la société...

On cite comme exemples:

(...)

- la poursuite irréfléchie d'une activité déficitaire (impliquant une augmentation du passif et une diminution de l'actif), ayant finalement conduit à une faillite où les actifs étaient insuffisants pour désintéresser les créanciers,
- la poursuite d'une activité gravement déficitaire sans aucune chance de redressement,
- l'absence de réunion de l'assemblée générale ordinaire durant deux années, l'acceptation que le nombre d'administrateurs prévu par la loi n'ait plus été atteint depuis plusieurs années et l'oubli de veiller à la tenue régulière des comptes,
- le fait – dûment établi – de se désintéresser de l'évolution des affaires.

§ 2. La faillite et l'insuffisance d'actif

Ce type d'action en responsabilité ne peut être intenté qu'en cas de faillite de la société et à condition que l'actif soit insuffisant pour couvrir l'ensemble des dettes sociales.

§ 3. La contribution de la faute grave et caractérisée à la faillite

Cette faute ne doit pas être l'origine exclusive de la faillite mais il suffit qu'elle y ait contribué, peu importe que d'autres facteurs en soient également la cause.

Le demandeur est dispensé de prouver le lien causal entre la faute et l'insuffisance d'actif dont le dirigeant fautif est présumé responsable.

Le juge peut toutefois tempérer la condamnation.

Le juge est donc amené à exercer un important pouvoir d'appréciation, tant au niveau de l'établissement et de la qualification de la faute grave qu'au niveau de son imputabilité distincte à chacun des administrateurs, en fonction du rôle joué et des obligations particulières

pesant sur lui. En outre, selon quels critères, le juge va-t-il décider de l'ampleur de la condamnation des dirigeants? La doctrine et la jurisprudence majoritaire estiment que le juge doit statuer en équité, et non à proportion du dommage causé par la faute grave et caractérisée. Le dirigeant peut donc être amené à supporter une condamnation qui excède les conséquences objectives de sa faute ou qui est réduite au regard de celles-ci» (Yves De Cordt et Marie Amélie Delvaux, *La responsabilité des dirigeants en droit des sociétés et en droit financier, La responsabilité des dirigeants des personnes morales*, UCL, Centre de droit des obligations, B&E, 2007, n° 20, 21, 22, 23, p. 30 et s.).

«L'administrateur peut, à tout moment et sans justifier sa décision, renoncer à son mandat, c'est-à-dire démissionner.

Cette démission ne doit pas, pour produire ses effets, être acceptée par le conseil d'administration ou l'assemblée générale. Il suffit qu'elle soit notifiée à la société conformément à l'article 2007 du Code civil. L'administrateur devra néanmoins «continuer l'exercice de ses fonctions jusqu'à ce que sa démission ait été constatée et que son remplacement ait été assuré».

Cette démission ne peut être ni intempestive ni inopportune: un départ précipité pourrait engager la responsabilité de l'administrateur» (T.P.D.C., t. 4, n° 416).

Il faut encore rappeler qu'à l'égard des tiers, la démission ne peut en principe sortir ses effets que si elle a été publiée aux annexes du Moniteur belge, que la publication de la démission d'un administrateur incombe à l'organe compétent, au sein de la société, pour procéder à une telle publication et qu' «en cas d'inertie de la société, la personne démissionnaire doit être autorisée à procéder elle-même à la publicité de sa démission aux annexes du Moniteur belge» (Jean-François GOFFIN, *Responsabilité des dirigeants de sociétés*, n° 47).

En l'espèce, le caractère légitime des raisons de la démission de Georges VAXELAIRE n'est pas discuté. Il n'est pas contesté en effet qu'il a rencontré dans sa vie familiale et professionnelle de graves difficultés qui l'ont amené à se recentrer sur ses propres activités, en sorte que sa démission en elle-même ne peut être qualifiée de fautive.

Il est certes exact qu'il ne s'est pas préoccupé du défaut de publication de sa démission au Moniteur et de son non-remplacement. Il faut souligner toutefois qu'il est constant que la gestion administrative et comptable de la société avait été confiée à Anne RAISON et qu'au moment où Michel MEYER disparaît dans la nature, soit avant la démission de Georges VAXELAIRE, l'essentiel du passif est déjà constitué puisque la société n'exercera plus aucune activité.

Il n'y a donc pas eu d'aggravation du dommage, soit en l'espèce du passif, qui soit imputable à Georges VAXELAIRE.

Dans les circonstances concrètes de l'espèce, sa faute ne peut être qualifiée de grave et caractérisée au sens de l'article 530 § 1^{er} du Code des sociétés.

La négligence de Georges VAXELAIRE étant toutefois à l'origine du litige, la charge de ses propres dépens d'instance et d'appel doit lui être délaissée.

«Si en règle, la partie qui succombe doit être condamnée aux dépens, ceux-ci peuvent être mis à la charge de la partie qui les a causés par sa faute, et cela même si elle gagne le procès (art. 866)» (A. FETTWEIS, op. cit., n°920).

PAR CES MOTIFS

(dispositif conforme aux motifs)

La Cour, statuant contradictoirement,

Reçoit l'appel,

Déclare l'intervention volontaire de Anne RAISON irrecevable,

Confirme le jugement entrepris sous la seule émendation que les dépens d'instance de Georges VAXELAIRE, tout comme les dépens d'appel, lui sont délaissés.

Délaisse au curateur ses propres dépens.

- 370. Responsabilité des administrateurs et gérants à l'égard des tiers pour faute grave et caractérisée ayant contribué à la faillite d'une SA, d'une SPRL ou d'une SCRL
- 440. Responsabilité pour défaut de convocation de l'assemblée générale lorsque les pertes atteignent un certain pourcentage de l'actif net
- 480. Responsabilité pour absence ou dépôt tardif des comptes annuels

N° 1014. – Bruxelles (9^e ch. s.), 14 septembre 2010¹

Présentation: Le créancier chirographaire impayé d'une SA déclarée en faillite et qui n'a pas la moindre chance de récupérer quoi que ce soit (en cours de procédure, la faillite sera d'ailleurs clôturée sans qu'il ne soit nullement désintéressé) introduit une action en responsabilité contre les deux dirigeants pour fautes graves et caractérisées au sens de l'article 530 du Code des sociétés, et notamment le défaut de convoquer une assemblée générale dans les deux mois qui suivirent la constatation, lors de la clôture d'un exercice social, de la réduction de l'actif net de leur société à moins de la moitié du capital social (article 633 du Code des sociétés) et le défaut de réaliser et de publier, dans les délais légaux, les comptes annuels de divers exercices sociaux (article 98 du Code des sociétés). Ces deux fautes entraînent une responsabilité *présumée* des dirigeants, à savoir que le Code des sociétés prévoit expressément que le dommage subi par les tiers est, *sauf preuve contraire*, présumé résulter du non-respect de ces prescriptions légales.

Après avoir rectifié l'erreur commise par le premier juge (qui déniait curieusement au créancier isolé le droit d'agir individuellement alors qu'un curateur a été désigné pour représenter la masse des créanciers), la Cour estime en l'espèce qu'aucune faute grave et caractérisée n'est établie dans le chef

1014.-1. Cette décision a été partiellement publiée dans *J.L.M.B.*, 2011, liv. 4, p. 183.

des deux administrateurs, et que les deux présomptions de responsabilité sont adéquatement renversées, les violations commises (absence de réunion d'une AG en situation de perte grave d'actif net et absence ou retard de dépôt des comptes annuels) ne présentant aucun lien causal avec le dommage subi.

Quant à l'omission de «tirer la sonnette d'alarme» alors que la société a perdu une part substantielle de son actif, la motivation par la Cour du renversement de la présomption instaurée par le dernier alinéa de l'article 633² ne nous convainc pas pleinement. Comme nous l'avons maintes fois soutenu, la présomption légale ne signifie pas que si l'assemblée générale avait été adéquatement convoquée, elle aurait décidé la dissolution de la société, ou à tout le moins aurait pris des mesures adéquates, ou au contraire, elle n'aurait donné aucune suite aux propositions formulées par les administrateurs. Il est donc vain pour la Cour, suivant en cela le premier juge, de se référer à une attestation de l'actionnaire «très majoritaire» de la société qui soutient qu'à supposer qu'une assemblée générale extraordinaire ait été convoquée, elle n'aurait pas marqué son accord pour la dissolution. Il semble en l'espèce que la Cour ait mal compris la portée de la présomption instaurée. Le Code des sociétés présume en réalité le lien nécessaire de cause à effet entre l'absence de convocation et le dommage subi par les tiers³. Au regard de la portée précise de cette présomption, il ne convient pas d'essayer de prouver que même réunie, l'assemblée générale aurait pris la décision de poursuivre l'activité ou aurait adopté d'autres mesures adéquates, cette preuve n'ayant qu'un faible intérêt⁴. Notamment, un raisonnement *a posteriori* basé uniquement sur des volontés exprimées «après coup» ou des votes et des majorités potentielles n'est pas pertinent, et ce d'autant plus qu'on ne peut épiloguer sur le résultat d'un vote qui n'a jamais eu lieu.

Sommaire:

L'action en comblement du passif, formée sur la base de l'article 530 du Code des sociétés par un créancier individuel qui se prétend lésé est recevable. La circonstance qu'au moment où l'action est introduite la faillite n'était pas encore clôturée ne fait pas obstacle à la recevabilité de l'action.

2. Voir notamment «Compte tenu du redressement durant l'exercice 2001 de la situation financière de la SA PRODUITS AGRICOLES STEMART, de la composition de son actionnariat familial et des explications données quant à l'importante perte qu'elle avait enregistrée pour l'exercice 2000, il peut être tenu pour acquis que, si elle avait été régulièrement convoquée dans les deux mois de la constatation de la perte de plus de la moitié de son capital social, la mère des parties intimées, qui détenait l'essentiel du capital social de la SA PRODUITS AGRICOLES STEMART, aurait voté pour la continuation de l'activité sociale» (nous soulignons).
3. Et non par les associés eux-mêmes; ne bénéficiant pas de pareille présomption (voir le texte clair du dernier alinéa des articles 332, 431 et 633 du Code des sociétés), ceux-ci devront, conformément au droit commun, apporter la preuve positive du lien de causalité.
4. La jurisprudence rejette ce type de défense car elle considère que la loi (articles 332, 431 et 633 du Code des sociétés) impose un formalisme qui doit nécessairement être respecté à la lettre; il constitue en effet la seule voie utile pour se poser réellement et concrètement la question de la poursuite des activités de la société, et ce dans l'intérêt des tiers. Voir en ce sens Comm. Charleroi, 11 novembre 1995 et 19 juin 1996, *R.R.D.*, 1997, p. 55 et note P.-E. GHISLAIN; *J.L.M.B.*, 1997, p. 664; *J.D.S.C.*, 1999, n° 101, p. 247 et note M.A. DELVAUX; Gand (12^e ch.), 15 mars 2000, *J.D.S.C.*, 2003, n° 512, p. 223 et note M.A. DELVAUX intitulée «Quelques observations relatives à la responsabilité des dirigeants pour défaut de convocation d'une assemblée générale en cas de perte prononcée du capital social», *T.G.R.*, 2001, p. 500 et note C. VAN SANTVLIET; J. RONSE et J. LIEVENS (*Les sociétés commerciales*, Ed. Jeune Barreau, 1985, p. 204) soulignent que cette preuve reste d'ailleurs peu convaincante, puisqu'on imagine mal comment les administrateurs seraient susceptibles de prouver le résultat d'un vote qui n'a jamais eu lieu... *Contra* : P. FRANÇOIS, «Questions relatives à la dissolution des sociétés», *Rev. not. belge*, 1985, pp. 787 et s.

L'existence ou non d'un préjudice propre du créancier individuel relève du fond et non de la recevabilité.

Parties: SA Ets Brichart c/ Georges Stemart et Odette Stemart

Publication: *Notons que la décision partiellement réformée, prononcée par le Tribunal de commerce de Nivelles le 5 octobre 2006, a été publiée dans l'édition 2007 de la J.D.S.C., sous le numéro 786, page 114, avec une note de notre plume intitulée «La tentative d'un créancier isolé d'engager la responsabilité des dirigeants d'une SA en cours de faillite».*

(...)

2. Cadre du contentieux opposant les parties

2.1. La SA PRODUITS AGRICOLES STEMART fut constituée le 22 octobre 1990 par Yvette HINCQ, mère des deux actuelles parties intimées, qui détenait 168 des 170 parts sociales de cette société en laissant à chacun de ses enfants une part sociale. Ils composèrent à eux deux, suite à la démission en octobre 1999 de leur père Henri STEMART, le conseil d'administration de cette société. L'intimée Georges STEMART exerçait les fonctions d'administrateur délégué. A partir de janvier 2004 seulement, Yvette HINCQ compléta le conseil d'administration.

Cette société était active dans le commerce d'engrais en se fournissant en fourrage et céréales, et s'approvisionnait, semble-t-il depuis 1998, en fourrage et produits céréaliers auprès de l'actuelle partie appelante SA BRICHART.

Entre le 13 décembre 2002 et le 19 mars 2003, la SA BRICHART livra à la SA PRODUITS AGRICOLES STEMART des produits céréaliers faisant l'objet de sept factures totalisant, en principal, 16.391,48 euros qui restèrent en souffrance. Cette situation conduisit la SA BRICHART à citer, le 30 décembre 2003, la SA PRODUITS AGRICOLES STEMART afin d'obtenir, faute d'un règlement immédiat du montant de ces factures, majoré des pénalités de retard conventionnelles, que celle-ci soit déclarée en faillite.

2.2. Suite à la dénonciation de crédit de son banquier, l'assemblée générale extraordinaires de la SA PRODUITS AGRICOLES STEMART du 17 février 2004 décida de faire avou de faillite, ce qui fut fait par jugement du tribunal de commerce de Nivelles du 23 février 2004 la déclarant ouverte sous la curatelle de maître Delcourt.

Cette faillite fut clôturée par jugement du tribunal de commerce de Nivelles du 8 décembre 2008. La réalisation des actifs de cette société permit au curateur de désintéresser uniquement les créanciers bénéficiant de sûretés réelles.

2.3. N'ayant aucune chance, comme créancier chirographaire, de récupérer le moindre dividende, l'appelante SA BRICHART cita, le 4 avril 2005, les actuelles parties intimées en mettant en cause leur responsabilité en tant qu'administrateurs de la SA PRODUITS AGRICOLES STEMART en raison des fautes, réputées graves et caractérisées au sens de l'article 530 du Code des sociétés, qu'elles avaient commises principalement en s'abstenant de convoquer une assemblée générale dans les deux mois qui suivirent la constatation, lors de la clôture de l'exercice social de l'année 2000, de la réduction de l'actif net de leur société à moins de la moitié du capital social (article 633 du Code des sociétés) et d'arrêter, en les publiant dans les délais légaux, les comptes annuels pour les exercices sociaux des années 2000 à 2002 (article 98 du Code des sociétés).

L'appelante SA BRICHART se prévalait de ce que, lorsque ces deux prescriptions légales ne sont pas respectées par les administrateurs de droit ou de fait d'une société commerciale, le dommage subi par les tiers est, sauf preuve contraire, présumé résulter de ces commissions (article 98, alinéa 3, et article 633, dernier alinéa, du Code des sociétés).

2.4. (...)

3. La décision du premier juge

Analysant la demande formée par la SA BRICHART comme étant une action en comblement de passif dirigée contre les administrateurs d'une société faillie sur le pied de l'article 530 du Code des sociétés, par ailleurs invoqué en conclusions par celle-ci, le premier juge déclara la demande irrecevable au motif que seul le curateur était fondé, du moins tant que la faillite n'était pas clôturée, à agir en réparation du préjudice collectivement créé par la faillite aux créanciers de celle-ci – le non-paiement des factures échues ne pouvant être considéré comme un préjudice propre.

Surabondamment, le premier juge déclara cette demande *non fondée* en considérant que le fait pour les dirigeants de la SA PRODUITS AGRICOLES STEMART d'avoir négligé les prescriptions des articles 98 et 633 du Code des sociétés n'était pas constitutif de fautes graves et caractérisées ayant contribué à la faillite de cette société. Il estima, par ailleurs, que les actuelles parties intimées renversaient la présomption de lien de causalité entre de tels manquements et le dommage, à le supposer propre, résultant pour l'actuelle appelante SA BRICHART du non-paiement des livraisons de marchandises effectuées entre décembre 2002 et mai 2003.

Le premier juge débouta l'intimé Georges STEMART de sa demande reconventionnelle tendant au paiement de 1.250 euros pour le couvrir de ses frais et honoraires d'avocat en relevant, par ailleurs, que l'action introduite par la SA BRICHART ne pouvait être qualifiée de téméraire et vexatoire.

4. La position des parties devant la cour

4.1. L'appelante SA BRICHART maintient que, en tant qu'administrateurs de la SA PRODUITS AGRICOLES STEMART, les parties intimées se sont rendues coupables de fautes graves et caractérisées au sens de l'article 530 du Code des sociétés en relevant les infractions qu'elles ont commises aux dispositions du Code des sociétés, notamment en ne respectant pas l'article 633 du Code des sociétés, en ne parant pas à la diminution importante de l'actif net de la société tout en la maintenant en activité, en négligeant les dispositions légales et statutaires concernant l'approbation et la publication des comptes annuels et, enfin, en ne veillant pas à la composition régulière de son conseil d'administration.

Elle conteste l'irrecevabilité de son action en comblement de passif en se prévalant du second alinéa de l'article 530 du Code des sociétés qui lui permet d'agir à titre individuel, comme créancier lésé, sans avoir à démontrer l'existence d'un préjudice propre et distinct du préjudice collectivement créé par la faillite aux créanciers de celle-ci.

Elle invoque l'article 528 du Code des sociétés prévoyant une responsabilité solidaire des administrateurs envers les tiers pour couvrir tous dommages et intérêts résultant d'infractions incontestées au Code des sociétés et aux statuts.

Elle entend, en tout état de cause, se prévaloir des présomptions de lien de causalité entre les manquements aux obligations imposées par les articles 98 et 633 et le dommage qu'elle a subi par le défaut de règlement de ses factures de livraison de marchandises.

Elle postule la condamnation solidaire, ou à tout le moins *in solidum* ou l'une à défaut de l'autre, des parties intimées au paiement de 22.250,87 euros (montant de ses factures majoré des pénalités de retard) correspondant au montant de sa déclaration de créance admis au passif chirographaire de la faillite.

Elle revendique une indemnité de procédure d'appel correspondant au montant de base de 2.000 euros.

4.2. Les parties intimées concluent à la confirmation du jugement entrepris, tant en ce qui concerne l'irrecevabilité de la demande que, à titre subsidiaire, son non fondement.

L'intimé Georges S. forme un appel incident afin d'obtenir la couverture de ses frais de conseil en première instance en postulant de ce chef 2.000 euros, outre l'indemnité de procédure d'appel fixée au montant de base de 2.000 euros.

De son côté, l'intimée Odette S. forme une demande incidente tendant à obtenir 5.000 euros en indemnisation d'un préjudice résultant d'un appel qu'elle qualifie de téméraire et vexatoire, outre l'indemnité de procédure d'appel fixée également au montant de base de 2.000 euros.

5. La position de la cour

5.1.

Sur la recevabilité de la demande originale

L'article 36 de la loi du 4 septembre 2002 modifiant celle du 8 août 1997 sur les faillites, le Code judiciaire et le Code des sociétés, a mis fin au monopole du curateur, consacré jusqu'alors par la jurisprudence et la doctrine, pour exercer l'action dite en comblement de passif contre les administrateurs, actuels ou anciens, d'une société mise en faillite et d'insuffisance d'actif qui ont commis une faute grave et caractérisée ayant contribué [à] la faillite.

L'alinéa 2 inséré par cette loi dans l'article 530 du Code des sociétés dispose désormais que l'action est recevable *de la part tant des curateurs que des créanciers lésés* en précisant que le créancier lésé qui intente une telle action doit en informer la curatelle. Dans ce cas, le montant alloué par le juge est limité au préjudice subi par les créanciers agissant et leur revient exclusivement, indépendamment de l'action éventuelle des curateurs dans l'intérêt de la masse.

La circonstance que, au moment où elle fut introduite en avril 2005, la faillite de la SA PRODUITS AGRICOLES STEMART n'était pas clôturée – elle ne le fut que le 8 décembre 2008 – ne faisait nullement obstacle à la recevabilité de l'action en comblement de passif formée par l'appelante SA BRICHART qui prit soin, par ailleurs, d'en informer la curatelle – laquelle n'estima pas devoir intervenir volontairement dans la procédure ou introduire une procédure parallèle pour la masse des créanciers qu'il représente.

Le fait, par ailleurs contesté par la SA BRICHART, que celle-ci ne justifierait pas d'un préjudice propre et distinct de celui subi par la masse des créanciers suite à une faute grave et caractérisée du dirigeant ayant contribué à la faillite de sa société par une aggravation de

son passif ou une diminution de son actif concerne le fond de sa demande et n'affecte pas la recevabilité de celle-ci.

C'est dès lors à tort que le premier juge a estimé que l'action de l'appelante B., en tant que fondée sur l'article 530 du Code des sociétés, était irrecevable au motif que la faillite de la SA PRODUITS AGRICOLES STEMART n'était pas clôturée.

5.2.

Sur l'existence d'une faute grave et caractérisée des dirigeants de la SA PRODUITS AGRICOLES STEMART ayant contribué à la faillite de celle-ci

Il appartient à l'appelante SA ETS BRICHART de rapporter la preuve non seulement de l'existence d'une telle faute grave et caractérisée dans le chef des parties intimées commise en leur qualité d'administrateurs de la SA PRODUITS AGRICOLES STEMART mais encore du fait que celle-ci a contribué, ne serait-ce que partiellement, à la faillite de celle-ci.

Une violation par les dirigeants d'une société commerciale d'une disposition du Code des sociétés ou de ses statuts constitue, certes, une faute caractérisée, non contestable et perçue comme telle par toute personne raisonnable. Mais elle ne constitue pas pour autant une faute grave ayant contribué à la faillite de la société qu'il dirige au sens de l'article 530 du Code des sociétés. Si toute faute grave doit évidemment être considérée comme caractérisée, l'inverse n'est pas vrai (Yves De Cordt et M.A. Delvaux, *La responsabilité des dirigeants en droit des sociétés et droit financier*, p. 34, n°21 et références citées sous note 103 in *La responsabilité des dirigeants des personnes morales*, Centre J. Renault, 2007).

Une conception stricte de la faute grave et caractérisée s'impose comme contrepartie aux assouplissements que le régime de l'action en comblement passif institue en faveur des créanciers par rapport aux exigences habituelles du droit de la responsabilité concernant le lien de causalité normalement requis entre la faute du dirigeant et le dommage subi par le créancier (X. Dieux et Y. De Cordt, *Examen de jurisprudence concernant les sociétés commerciales (1991-2005)*, R.C.J.B., 2008, p.577, n°61).

La faute grave et caractérisée visée à l'article 530 du Code des sociétés implique, sinon un dol ou une intention frauduleuse dans le chef du dirigeant, une faute lourde et dès lors impardonnable dont le dirigeant était ou devait être conscient, en la commettant, qu'elle mettait nécessairement en péril la survie de sa société en contribuant ainsi à sa faillite (P. Ronse, *La responsabilité facultative des administrateurs et gérants en cas de faillite avec insuffisance d'actif*, R.P.S., 1979, 300; Gand, 21 décembre 2000, R.D.C. 2001, 739; Liège, 10 septembre 1991, R.D.C. 1992, p. 501).

Le fait pour les dirigeants d'une entreprise d'avoir cru, à tort, aux chances de redressement de celle-ci constitue une faute de gestion qui ne présente pas, à elle seule, le caractère de gravité requis par l'article 530 du Code des sociétés.

De même, et ainsi que l'a justement admis le premier juge, le seul fait d'avoir négligé d'arrêter et publier en temps requis les comptes annuels de la société et de tenir l'assemblée générale appelée à statuer conformément à l'article 633 du Code des sociétés après constatation que l'actif net de la société est réduit à un montant inférieur à la moitié du capital social n'est pas, en soi, constitutif d'une faute grave et caractérisée qui aurait contribué à la faillite de cette société.

En tant que fondée sur l'article 530 du Code des sociétés, la demande de l'appelante SA ETS BRICHART n'est pas fondée.

5.3

Sur la responsabilité des dirigeants de la SA PRODUITS AGRICOLES STEMART pour violation des dispositions du Code des sociétés et des statuts

L'article 528 du Code des sociétés dispose que les administrateurs sont solidairement responsables tant envers la société qu'envers les tiers de tous dommages et intérêts résultant d'infractions au Code des sociétés - ce qui comprend les dispositions relevant du droit comptable - que des statuts.

Il est constant que les prescriptions du Code des sociétés et des statuts de la SA PRODUITS AGRICOLES STEMART n'ont pas été respectées dès lors que les comptes annuels de cette société, arrêtés au 31 décembre 2000, ne furent publiés qu'en février 2002 (ils devaient l'être au plus tard le 31 juillet 2001) tandis que ceux arrêtés au 31 décembre 2001 n'ont jamais été publiés (ils devaient l'être au plus tard le 31 juillet 2002) et ceux arrêtés au 31 décembre 2002 ne le furent qu'en février 2004, soit peu après la faillite de cette société (alors qu'ils devaient être déposés au plus tard le 31 juillet 2003).

Par ailleurs, il résulte des comptes annuels relatifs à l'exercice 2000 que l'actif net de la SA PRODUITS AGRICOLES STEMART (43.927 €) était inférieur à la moitié du capital social souscrit (111.552 €). Il en fut de même pour l'exercice 2002, l'actif net étant alors de 17.854 €, selon les comptes annuels tardivement publiés, en telle sorte que, conformément à l'article 633 du Code des sociétés, une assemblée générale devait être convoquée dans les deux mois à dater du moment où cette perte fut constatée, ou aurait dû l'être, pour décider de la poursuite ou non des activités de la société et, le cas échéant, des mesures de redressement qui s'imposent.

Conformément aux principes traditionnels de la responsabilité civile, il incombe normalement à celui qui met en cause la responsabilité d'un administrateur sur cette base d'établir, outre la violation des dispositions du Code des sociétés et des statuts, son dommage et le lien de causalité entre cette violation et son dommage. Ce lien de causalité résultera normalement du fait que le fournisseur ou prestataire de service se serait abstenu de traiter s'il avait été informé du manque de solvabilité de son client en prenant connaissance de ses comptes annuels et n'aurait pu le faire si l'assemblée générale de la société avait décidé, par suite de la perte substantielle de son capital social, de cesser ses activités par une mise en liquidation ou un dépôt de bilan (J.M. Gollier et P. Malherbe, *Les sociétés commerciales, Dossiers J. T.*, n°33 , p. 163).

Toutefois, les articles 92, §1^{er} al. 3, 98, al. 3 et 633, al. 5 du Code des sociétés disposent que lorsque les comptes annuels n'ont pas été publiés ou que l'assemblée générale visée par l'article 633 dudit Code n'a pas été tenue dans les délais impartis, «*le dommage subi par les tiers est, sauf preuve contraire, présumé résulter de ces omissions*».

Compte tenu de cette présomption légale de causalité, il appartient aux parties intimées de démontrer que ces omissions sont sans la moindre relation causale avec le dommage subi par l'appelante SA ETS BRICHART en ce sens que son dommage se serait également produit si ces prescriptions légales et statutaires avaient été respectées.

Avec le premier juge, la cour constate que les factures impayées adressées par l'appelante SA ETS BRICHART à la SA PRODUITS AGRICOLES STEMART concernant des livraisons de produits céréaliers s'échelonnant entre décembre 2002 et mars 2003.

Il était ainsi loisible à l'appelante SA ETS BRICHART de se rendre compte, lors de la livraison de décembre 2002, que les comptes annuels de la SA PRODUITS AGRICOLES STEMART relatifs à l'exercice 2001 n'avaient pas été publiés au plus tard l'été 2002 tandis que ceux relatifs à l'exercice 2000, déposés tardivement en février 2002, faisaient apparaître une perte de 1.567.583 anciens BEF, soit avec la perte reportée de l'exercice précédent, de 2.728.056 anciens BEF ou 67.629,76 €.

La situation financière critique, voire même catastrophique, de la SA PRODUITS AGRICOLES STEMART à la clôture de l'exercice 2000 était ainsi portée à la connaissance des tiers, dont l'appelante SA ETS BRICHART, si ceux-ci prenaient la peine de consulter la centrale des bilans de la B.N.B. d'autant qu'était joint aux comptes annuels de cet exercice le rapport du conseil d'administration, dressé en application tant de l'article 96 que de l'article 633 du Code des sociétés, expliquant cette importante perte par un ensemble de circonstances exceptionnelles, telle la crise de la dioxine et la crise de la vache folle, considérées comme passagères.

L'appelante SA ETS BRICHART ne s'est pas davantage inquiétée du fait que les comptes annuels pour l'exercice 2001, lesquels faisaient état d'un redressement substantiel réduisant la perte cumulée à 47.093 €, ne furent pas publiés. Si elle avait été informée de ce significatif redressement, l'appelante SA ETS BRICHART aurait plus que vraisemblablement gardé confiance dans les capacités financières de la SA PRODUITS AGRICOLES STEMART.

L'appelante SA ETS BRICHART a continué à livrer en mars, avril et mai 2003 sans s'inquiéter du fait que sa première facture du 22 décembre 2002, échue le 3 janvier 2003, restait impayée.

Par ailleurs, la circonstance que les comptes annuels de la SA PRODUITS AGRICOLES STEMART relatifs à l'exercice 2002 ne furent déposés qu'en février 2004 alors qu'ils devaient l'être au plus tard en juillet 2003 est évidemment sans incidence aucune avec le dommage dont se prévaut l'appelante SA ETS BRICHART puisque les livraisons de celles-ci faisant l'objet de ses factures impayées se sont arrêtées en mai 2003.

Compte tenu du redressement durant l'exercice 2001 de la situation financière de la SA PRODUITS AGRICOLES STEMART, de la composition de son actionnariat familial et des explications données, quant à l'importante perte qu'elle avait enregistrée pour l'exercice 2000, il peut être tenu pour acquis que, si elle avait été régulièrement convoquée dans les deux mois de la constatation de la perte de plus de la moitié de son capital social, la mère des parties intimées, qui détenait l'essentiel du capital social de la SA PRODUITS AGRICOLES STEMART, aurait voté pour la continuation de l'activité sociale. Celle-ci confirme d'ailleurs, par une attestation écrite du 21 novembre 2005, que même si elle avait été convoquée à une assemblée générale pour délibérer en application de l'article 633 du Code des sociétés, elle n'aurait jamais marqué son accord pour une dissolution et mise en liquidation de cette société dans laquelle elle avait fait apport des immeubles familiaux (pièce 8 du dossier de l'intimé Georges STEMART).

Il n'y a dès lors manifestement aucun lien causal entre l'absence fautive de publication des comptes annuels et de convocation des assemblées générales de la SA PRODUITS AGRICOLES STEMART dans les délais légaux et le dommage subi par l'appelante SA ETS BRICHART résultant du non paiement de ses factures.

5.4

Sur l'appel Incident et la demande Incidente formés par les parties intimées

Ainsi que l'a décidé le premier juge, l'action introduite par l'appelante SA ETS BRICHART ne peut être qualifiée de téméraire et vexatoire, pas plus que ne l'est l'appel formé à l'encontre de sa décision par ailleurs réformée en ce qu'elle déclarait irrecevable l'action de l'appelante SA ETS BRICHART.

Depuis l'entrée en vigueur, le 1^{er} janvier 2008, de la loi du 21 avril 2007 sur la répétibilité des frais et honoraires d'avocat et son arrêté d'exécution du 26 octobre 2007, la demande en couverture des frais et honoraires d'avocat a quitté le domaine du droit de la responsabilité civile pour être désormais intégrée dans le droit judiciaire par le biais de la condamnation aux dépens de la partie qui succombe à l'action. Etant une loi de procédure, elle est directement applicable aux procès en cours par application de l'article 3 du Code judiciaire, ce que rappelle du reste, dans ses dispositions transitoires, l'article 13 de cette loi.

Il n'y a pas lieu de revenir sur l'indemnité de procédure liquidée par le premier juge conformément au tarif applicable à l'époque.

Il revient par contre à chacune des parties intimées l'indemnité de procédure d'appel qu'elles fixent au montant de base de 2.000 €.

PAR CES MOTIFS,

(...)

Dispositif conforme aux motifs.